Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die ...

Rudolf von Jhering

R. Fujita.
Tokushima
Japan.

Gesammelte Aufsätze

aus den

Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts

von

Rudolph von Jhering,
Geh. Justizrath und Professor des römischen Rechts in Göttingen.

Dritter Band,

enthaltend die

Abhandlungen aus dem 16. bis 24. Bande der Jahrbücher.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1886.

Inhalt.

Seite

I. Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigenthümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben? Ein Beitrag zur Lehre von den Grenzen des Eigenthumsschutzes. (Sechzehnter Band, 1878, Abhandlung VI.) 1
I. Literarischer Stand der Frage 1
II. Die Möglichkeit eines doppelten Schutzes des Eigenthums, des dinglichen und obligatorischen 9
III. Anspruch des Eigenthümers gegen den letzten Besitzer, bei dem die Sache untergegangen ist 11
Untergang der Sache 15
1. Die Begriffsbestimmung der Bereicherung bei der Consumtion 28
2. Das Verzehren von Früchten enthält keine Bereicherung 33
3. Die Meinung des römischen Rechts ist offenbar die, daß die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte nicht die Aufspeicherung, sondern der Gebrauch ist, daß, wer mehr an Früchten zieht, auch mehr gebrauchen wird 35
IV. Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, der seine Sache usucapirt hat . . 43
V. Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer 48
1. Theoretische Bedenklichkeit derselben 48
VI. Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer 56
2. Practische Bedenken 56
VII. Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer 73
3. Quellenmäßige Gestalt 73
VIII. Praktisches Endresultat 84

Seite

II. Ein Rechtsgutachten. (Achtzehnter Band, 1880, Abhandlung I.) . . . 87
Vorwort . . . 87
Stand der Streitsache . . . 89
Die Rechtsfragen in diesem Prozeß . . . 97
I. Handlungs- und Gerichtsstandsfähigkeit der Klägerin . . . 99
A. Die gegnerische Auffassung . . . 99
B. Beurtheilung . . . 103
II. Theoretische Begründung der Handlungs- und Prozeßfähigkeit eines Comités . . . 106
A. Begriffsbestimmung eines Comités . . . 106
B. Rechtsstellung des Comités . . . 108
1. Interne Seite . . . 108
1) Rechtsverhältniß der Mitglieder des Comités unter einander . . . 108
2) Rechtsverhältniß zu den Committenten . . . 108
2. Externe Seite . . . 110
3. Anwendung auf den gegenwärtigen Fall . . . 115
III. Die Interessenfrage . . . 119
A. Die gegnerische Deduction . . . 119
B. Prüfung und Widerlegung der gegnerischen Deduction . . . 126
1. Das angebliche Erforderniß des Vermögenswerthes obligatorischer Leistungen . . . 126
1) Legislative Würdigung . . . 126
2) Gestalt der Sache im römischen Recht . . . 138
a) Erzwingung der Leistungen durch Androhung von Geldstrafen und durch persönliche Zwangsmittel . . . 138
b) Verwendung des Geldes zum Zweck der Satisfaction — Anerkennung und Schutz nichtökonomischer Interessen — Quellenmaterial. 144
A. Interessen, deren Zweck in einer fremden Person liegt . . . 145
1. Verwandtschaftliche Liebe . . . 145
2. Pietät gegen den Erblasser von Seiten des Erben. 147
3. Mitleiden und Wohlwollen gegen völlig fremde Personen . . . 148
4. Gemeinsinn . . . 150

Seite

B. Interessen, deren Zweck in der eigenen Person liegt 152
1. Materielle Interessen 152
2. Ideale Interessen 158
1) Das religiöse Gefühl 158
2) Der Ehrgeiz 158
3) Der Familiensinn 159
4) Das Patronatsverhältniß 159
C. Die Resultate 160
D. Beseitigung der scheinbar entgegenstehenden Quellenzeugnisse 164
E. Positive Grenzbestimmung des Interessenschutzes für unser heutiges Recht . . . 175
1. Miethe von Wohnungen 182
2. Gesindevertrag 184
3. Verträge, welche die Verpflegung, Verabreichung von Wohnung und Kost, ärztliche Behandlung, Erziehung, Unterricht u. s. w. zum Gegenstand haben. 185
4. Verträge, welche Interessen der Kunst und Wissenschaft zum Gegenstand haben 185
5. Verträge mit gemeinnützigem Zweck 187
IV. Das Erforderniß des Interesses für den Gläubiger 188
1. Stand der Frage 188
1) Kann man durch einen Vertrag fremde Interessen verfolgen? 190
2) Können die Interessen, welche man durch Abschluß eines Vertrages verfolgt, auch gemeinnütziger Art sein? 195
3) Anwendung auf das gegenwärtige Streitverhältniß 198
V. Angebliche Befreiung durch höhere Gewalt. 200
1. Die gegnerische Begründung 200
2. Beurtheilung 201
VI. Das Klagbegehren 206
Ist das Klagbegehren auf Erfüllung des Contracts zur Zeit noch möglich, und ist es schon möglich? . 206
III. Skizzen. (Neunzehnter Band, 1881, Abhandlung I.) . . . 211
I. Das angebliche gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum 212

Seite

1. Praktische Unmöglichkeit des angeblichen Rechtssatzes. 213
2. Concurrenz von See- und Landzinsen beim Seedarlehn. — Erklärung der l. 4 § 1 de foen. naut. (22. 2) 214
3. Justinians Bestimmung 227

IV. **Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen.** (Dreiundzwanzigster Band, 1885, Abhandlung VI.) 233
I. Das Anwendungsgebiet der actio injuriarum im neueren römischen Recht 233
II. Der Stand der Lehre 241
III. Abgrenzung der concreten Injurienklage von der abstracten und von sonstigen Klagen 257
IV. Thatbestand der injuriösen Rechtsverletzung nach Maßgabe der Quellen 268
V. Das Besitzverhältniß als Gegenstand der injuriösen Rechtsverletzung 298
VI. Die injuriöse Rechtsverletzung im Detentionsverhältniß 333
VII. Function der Injurienklage nach römischem Recht und heutige Anwendbarkeit derselben. 337
VIII. Der usus publicus 343
IX. Das Nachbarverhältniß 353
X. Das Eigenthum 375
XI. Die Obligation 397

V. **Die active Solidarobligation.** (Vierundzwanzigster Band, 1886, Abhandlung III.) 409
I. Die angeblichen Fälle der activen Solidarobligation 410
II. Ächte Fälle der activen Solidarobligation. 414
III. Concurrenz des Dotalversprechens an den Mann mit dem Vermächtniß der Dos an die Frau 427
IV. Das Vermächtniß der Dos 430
V. Coincidenz des legatum debiti und liberationis 443

Sechzehnter Band
(1878).

I. Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigenthümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben?

Ein Beitrag zur Lehre von den Grenzen des Eigenthumsschutzes.

I. Literarischer Stand der Frage.

In meinem Erstlingswerk (Abhandlungen aus dem römischen Rechte, Leipzig 1844, S. 78—85) hatte ich Veranlassung, einer bis dahin meines Wissens unangefochten herrschenden Ansicht, daß nämlich der Eigenthümer von dem vorübergehenden gutgläubigen Besitzer der Sache den durch Verkauf derselben gemachten Gewinn herausfordern könne, entgegenzutreten. Diese Ansicht, welche schon von Cujas[1]) XVI. Jahrg. Bd. XVI. S. 230.

1) Tract. ad Africanum II u. VIII, an beiden Stellen am Anfange des Traktats.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. auf Grund von l. 23 de R. Cr. (12, 1) u. l. ult. de neg. gest. (3, 5) entwickelt worden war, ward, wenn auch mit Abweichungen in Einzelheiten, von den späteren Schriftstel-
S. 231. lern aufgenommen[2]). Während Cujas und mit ihm die meisten Andern das in beiden Stellen betonte Erforderniß des Unterganges der Sache, dem Cujas mit Recht die Usucapion derselben gleichstellte („quia non recurritur ad condictionem sine causa, nisi quum reivindicatio cessat"), festhielten, schwächte bereits Voet dasselbe dahin ab, daß es genüge, wenn der Eigenthümer nur nicht die Sache selber oder Schadloshaltung erhalten habe, und Thibaut ließ dasselbe gänzlich fallen und setzte an die Stelle der beiden von Afrikan erwähnten Klagen: der condictio (sine causa) und der act. negot. gest. eine „actio in factum", und während Cujas dem Eigenthümer den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung sowohl gegen denjenigen zugestanden hatte, der die Sache titulo oneroso, wie gegen den, der sie titulo lucrativo erworben hat, gegen ersteren auf den Ueberschuß des von ihm gelösten Preises über den von ihm gezahlten, beschränkte Savigny die Klage lediglich auf den Fall der „unentgeltlich erworbenen" Sache.

Der Zusammenhang der Untersuchung, die mich auf diese Frage führte, und die Resultate, die ich auf Grund derselben glaubte gewonnen zu haben, flößten mir Zweifel gegen die Richtigkeit dieses Satzes ein. Die Frage, welche ich mir gestellt hatte, lautete: in wie weit muß derjenige, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben, und die Antwort, welche ich darauf in den Quellen gefunden hatte, bestand darin, daß man mit Paulus in l. 21 de her. vend. (18, 4) zwischen zwei wesentlich ver-

2) S. Literatur bei Glück, Pandekten, B. 13, S. 193, außerdem Voet, Comm. ad Pand. VI § 10, Schweppe, Röm. Privatrecht II § 268, Thibaut, System § 705, W. Sell, Versuche I S. 101, Savigny, System V S. 523.

schiedenen Formen des Gewinnes aus fremder Sache zu XVI. Jahrg. Bd. XVI.
unterscheiden habe: dem commodum oder lucrum ex re und dem propter negotiationem perceptum oder wie ich kurz sagen möchte: ex persona. In Anwendung dieses Unterschiedes auf den Fall des zweiten Verkaufs einer bereits vorher S. 232.
verkauften, aber dem ersten Käufer noch nicht tradirten und dann beim zweiten Käufer casuell untergegangenen Sache gelangt Paulus zu dem Resultat, daß der erste Käufer den dem Verkäufer vom zweiten Käufer entrichteten Kaufpreis nicht in Anspruch nehmen könne, „pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur et sic fit quasi alii non vendidissem, tibi enim rem debebam, non actionem“.

Ich folgerte: kann nicht einmal der Käufer vom Verkäufer den Gewinn, den derselbe aus der Sache gemacht hat, herausbegehren, um wie viel weniger der Eigenthümer vom ehemaligen Besitzer seiner Sache, zu dem er in gar keine rechtliche Beziehung getreten ist; dort bot doch wenigstens das zwischen Beiden bestehende obligatorische Verhältniß einen gewissen Anhalt für einen derartigen Anspruch dar, denn der Verkäufer, welcher die Sache zum zweiten Mal verkauft, handelt seiner Verpflichtung zuwider und wird sogar kriminell strafbar [3]), der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache dagegen begeht durch den Verkauf weder subjektiv ein Unrecht, noch affizirt er objektiv die Rechtsstellung des Eigenthümers, da letzterer seine Vindication behält, nur daß dieselbe fortan gegen einen andern Besitzer geht, eine Differenz, die gegenüber der in rem actio rechtlich ohne alle Bedeutung ist. Auch der spätere Untergang der Sache, sagte ich mir, kann daran nichts ändern, denn was verschlägt er für die rechtliche Beurtheilung des der Vergangenheit ange-

3) L. 21 de lege Corn. de falsis (48, 10). Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. hörigen Verkaufs? Mußte man dem Kaufpreis, den der Besitzer durch den Verkauf löste, zur Zeit der Vornahme den Charakter eines commodum ex re absprechen, wie sollte er ihn durch den Zufall erhalten, daß die Sache untergeht?
S. 233. Entweder war er von vornherein ein „commodum ex re“ — dann bedarf es des Unterganges der Sache nicht — oder er war es nicht — dann ist der Untergang einflußlos — und wenn Paulus dies für das Verhältniß des Verkäufers zum Käufer anerkennt, wie sollten wir es für das des Eigenthümers zum frühern Besitzer seiner Sache in Abrede nehmen können?

Denselben Grundsatz, den Paulus in der angegebenen Stelle in Bezug auf den Erlös von Geld aus fremder Sache zur Anwendung bringt, schärfen unsere Quellen in einer Reihe von Entscheidungen in Bezug auf den entgegengesetzten Fall des Ankaufs einer Sache aus fremden Gelde ein, der Eigenthümer des letzteren kann seinen Anspruch nur auf das Geld, nicht auf die Sache richten[4])

Nach diesen Prämissen konnte ich in dem Anspruch, welchen die beiden oben citirten l. 24 de R. Cr. (12, 1) und l. ult. de neg. gest. (3, 5) dem Eigenthümer nach Untergang der Sache gegen den früheren Besitzer derselben auf Herausgabe des aus derselben gelösten Kaufpreises gewähren, nichts anderes als eine Abweichung von den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts erblicken, und ich glaubte mich nach einer Rechtfertigung derselben in den besondern Verhältnissen des Falls umsehen zu müssen. Ich fand dieselbe in dem Umstande, daß der frühere Besitzer die Sache ohne allen Rechts-

---

4) l. 6 Cod. de reiv. (3, 32) . . injuriosum est l. 4 Cod. Com. utr. (3. 38) . . contra juris formam. l. 8 Cod. Si quis alteri (4, 50). Ausnahme beim Vormunde l. 2 quando ex facto (26, 9), l. 3 Cod. Arb. tut. (5, 51) und nach Ansicht Mancher beim Soldaten l. 8 Cod. de R. V. (3, 32); über die l. 1 Cod. de reb. al. (4, 51) u. l. 1 Cod. de comm. rer. al. (4, 52) s. u.

grund besessen und irrthümlich als die seinige angesehen hatte. XVI. Jahrg. Bd. XVI.
Die erste Stelle setzt den Fall: si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, die zweite den: si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, beide Besitzer hatten also die Sache durch kein Rechtsgeschäft in die Hände bekommen, S. 234.
sie besaßen dieselbe sine causa. Selbst dieser Grund allein aber genügt dem Juristen noch nicht, um dem Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe des ungerechtfertigten Gewinns (in der ersten Stelle die condictio sine causa, in der zweiten die act. neg. gest.) zuzugestehen, sondern er verlangt außerdem noch den Untergang der Sache, d. h. daß der Eigenthümer des ihm sonst zuständigen normalen Mittels der reivindicatio beraubt ist, der Anspruch charakterisirt sich also damit als ein eng begrenzter Nothbehelf.

Dem entsprechend glaubte ich den Satz aufstellen zu müssen, daß die Klage gegen einen früheren Besitzer der Sache, der sie durch irgend einen Eigenthumstitel erhalten hat (ohne Unterschied, ob durch einen lucrativen oder putativen Titel) nicht Statt finde, und ich hatte die Freude, daß Wächter, der unabhängig von mir zu demselben Resultat gelangt war, meine Ansicht billigte[5]); darin, daß die römischen Juristen über die gegen den früheren untitulierten Besitzer zu gewährende Klage uneinig waren, erblickte er mit Recht einen Beweis, daß ihnen selber das Ganze als eine Anomalie vorgekommen sei.

Die Schriftsteller, welche später die Frage gelegentlich berührt haben, haben sich zum Theil mir angeschlossen[6]), zum

5) Erörterungen Heft 2 S. 101.

6) Vangerow, Lehrbuch II, § 628 a. E. Arndts, Lehrbuch, § 345 Anm. 2 „unberechtigte Veräußerung", wörtlich gleichlautend Baron, Pandekten § 285. Puchta, Pandekten § 272 d und § 312 d verweist auf l. 23 de R. Cr. unter Bezugnahme auf meine Abhandlung, formulirt aber seine Ansicht abweichend dahin: „Der Werth, um den Jemand durch eine von einer Handlung des vorigen Eigenthümers unab-

XVI. Jahrg. Bd. XVI. S. 235. Theil haben sie die Savigny'sche Ansicht (Verkauf einer geschenkten Sache) adoptirt [7]). Einer eingehenderen Behandlung ward die Frage zuerst wieder unterworfen von H. Witte in seiner Schrift über die Bereicherungsklagen (1850) S. 310—314, S. 328—331 und zwar im praktischen Resultat im Anschluß an meine Ansicht.

In seiner Anzeige dieser Schrift in der Kritischen Vierteljahrsschrift von Pözl I S. 115 flg. erklärte sich Windscheid gegen diese Ansicht, und in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts II § 422 Anm. 4 nahm er die Lehre der älteren Jurisprudenz wiederum auf, daß der Eigenthümer gegen jeden gutgläubigen Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung habe, nur mit einer Modifikation, der ich mich nicht erinnere anderwärts begegnet zu sein, und die er selber nur in etwas zweifelnder Weise vorträgt, nämlich daß der ganze Kaufpreis als Bereicherung zu gelten habe, so daß also der Beklagte den seinerseits gezahlten Kaufpreis nicht in Abzug bringen dürfe. Ihm hat sich angeschlossen auch in Bezug auf den letzteren Punkt Göppert in seiner Schrift über die organischen Erzeugnisse (1869) S. 357, der consequenter Weise für diese gesteigerte Haftung den nicht mehr passenden und leicht irre führenden Ausdruck: Bereicherung vermieden wissen und ihn durch: Vermögensvermehrung oder Erwerb ersetzt wissen will (S. 358 Anm.) — in Bezug auf den ersteren Punkt, ohne sich über den zweiten zu äußern, Köppen,

---

hängige Eigenthumserwerbung auf dessen Kosten bereichert worden ist." Goldschmidt, Zeitschrift f. Handelsrecht VIII, S. 236, G. Hartmann, Kritische Vierteljahrsschrift XI S. 522. H. Witte, Bereicherungsklagen S. 310, 314, 328—334.

7) So Chambon, Die negotiorum gestio, S. 41, Sintenis, Praktisches gemeines Civilrecht II, § 109 Anm. 118, Kuntze in seiner Ausgabe von Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 3 S 573 und der von ihm citirte Koch, Recht der Forderungen III, § 265.

Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 95. Dagegen XVI. Jahrg. Bd. XVI.
habe ich meinerseits der Ansicht von Windscheid bei einer gelegentlichen Berührung derselben in diesen Jahrbüchern XII S. 316 (1873) einen entschiedenen Widerspruch entgegen setzen zu müssen geglaubt, nicht sowohl im Hinblick auf die einzelnen S. 236.
Quellenbelege, welche man für die eine oder andere Ansicht in die Wagschaale werfen kann, als wegen ihrer praktischen Gefährlichkeit, da sie, wie ich mich dort ausdrückte, eine „völlige Schutzlosigkeit des bonae fidei possessor nach geschehener Veräußerung oder Verjährung, also eine völlige Unsicherheit des Eigenthumsverkehrs zur Folge haben würde". Ich stützte diese Behauptung darauf, daß der Besitzer, dem der erlöste Preis vom Eigenthümer abgestritten worden wäre, keinen Regreß gegen seinen Autor haben würde, weil letzterer die Eviction der Sache (nicht des Preises) zu seiner Voraussetzung habe, nirgends aber jene condictio auf den Preis, die ja im praktischen Resultat der Eviction gleichkäme, als Voraussetzung der Eviktionsklage, beziehungsweise als Rechtfertigungsgrund der litis denuntiatio genannt werde.

Gleichzeitig mit mir hat auch E. Zimmermann in seiner kleinen Schrift über ächte und unächte negotiorum gestio (1873) sich gegen Windscheid ausgesprochen und den Nachweis zu liefern versucht, daß die drei Stellen, auf welche derselbe seine Ansicht glaubt stützen zu können: die l. 12 § 1 de distr. pign. (20, 5) l. 1 Cod. de reb. alien. (4, 51) l. 1 Cod. de com. rer. al. (4, 52) ihr diese Stütze nicht gewähren, und dabei zugleich von einer anderen Stelle, auf die bereits Cujas sich berufen hatte, der l. 17 pr. de R. V. (6, 1), und die ich in meinen Abhandlungen S. 70 in anderer Weise aus dem Wege zu räumen versucht hatte, eine scharfsinnige Erklärung gegeben, der ich nicht Anstand nehme den Vorzug vor der von mir versuchten einzuräumen.

In diesen Tagen hat nun Windscheid Veranlassung genommen, in einem Dekanatsprogramm der juristischen Fa-

XVI. Jahrg. Bd. XVI. kultät zu Leipzig zur Feier des Andenkens an C. F. Kees am 13. Febr. 1878: „Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung“, (Leipzig,
S. 237. Edelmann), seine Ansicht gegen die inzwischen ergangenen Angriffe zu vertheidigen, und die Wissenschaft kann es ihm nur Dank wissen, daß er sie damit in Stand gesetzt hat, den ganzen Apparat von Gründen, die sich für seine Ansicht geltend machen lassen, zu überschauen. Wenn ich meinerseits wiederum das Wort dagegen ergreife, so geschieht es nicht sowohl, weil ich die Verpflichtung zu haben glaube, mich einer von mir zuerst aufgestellten Ansicht anzunehmen und den von mir in diesen Jahrbüchern gegen die Ansicht von Windscheid gelegentlich erhobenen und dort nur kurz angedeuteten Vorwurf des Näheren zu begründen, sondern weil ich die Ansicht in ihren praktischen Consequenzen für so bedenklich halte, daß ich, auch wenn ich selber mich an dieser Frage bisher noch in keiner Weise betheiligt hätte, es nicht unterlassen würde, sie zu bekämpfen. Nicht die einzelnen Quellenstellen sind es, an denen für mich die ganze Frage hängt, nicht der exegetische Weg ist es, auf dem man meines Erachtens hier zu einem befriedigenden Ziel gelangen kann, sondern für mich geben allgemeinere Gründe den Ausschlag, Gründe von hohem legislativen und juristischen Gewicht, die es mir schlechterdings unmöglich machen, den Glauben an die Richtigkeit der Ansicht Windscheids zu theilen. Bei der bisherigen Behandlung der Frage sind dieselben über Gebür außer Acht gelassen worden, und ich werde daher mein Hauptaugenmerk darauf richten, sie ins richtige Licht zu setzen. Es soll dies in der Weise geschehen, daß ich von der hypothetischen Richtigkeit jener Ansicht meinen Ausgang nehme und dann untersuche, zu welchen Resultaten man auf diesem Wege gelangt, und wie das römische Recht sich zu ihnen gestellt hat.

II. Die Möglichkeit eines doppelten Schutzes des Eigenthums, des dinglichen und obligatorischen.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. S. 238.

Wenn wir die prinzipielle Bedeutung des Anspruchs, den Windscheid dem früheren Eigenthümer gegen den ehemaligen Besitzer seiner Sache einräumen will, richtig bezeichnen wollen, so müssen wir sagen: derselbe enthält eine Vervollständigung des dinglichen Eigenthumsschutzes mittelst einer persönlichen Klage. Zu der an die Voraussetzung des Daseins der Sache und der Fortdauer des Eigenthums geknüpften in rem actio des Eigenthümers gesellt sich in der condictio sine causa, wie wir sie fortan bezeichnen wollen, noch eine persönliche Klage hinzu, welche an diese Voraussetzung nicht gebunden ist und gerade den Zweck hat, das Hinwegfallen derselben und den dadurch bewirkten Verlust der reivindicatio unschädlich zu machen. Dieselbe würde sich den vielen persönlichen Klagen anschließen, durch welche das römische Recht den Schutz des Eigenthums neben den für diesen Zweck allein nicht ausreichenden reivindicatio, negatoria und Publiciana actio vervollständigt.

Dieselben zerfallen in zwei Klassen. Die einen haben den Schutz des bestehenden Eigenthums zum Zweck, dahin gehören z. B. die actio ad exhibendum, aquae pluviae arcendae actio, cautio damni infecti, sie fallen mithin ebenso wie die reivindicatio hinweg, wenn das Eigenthum in der Person dieses Klägers nicht mehr besteht. Die andern haben den Schutz gegen delictsartige Eingriffe in das Eigenthum zum Grunde und sind nur bedingt durch das Bestehen des Eigenthums im Momente der That, das spätere Schicksal desselben und der Untergang der Sache ist für sie gleichgültig; dahin gehören die actio legis Aquiliae und die condictio furtiva [8]). Beide sind ihrer ursprünglichen Anlage S. 239.

8) 1 pr. ad leg. Aq. (9. 2) . . domino l. 1 de cond. furt. (13. 1) . . soli domino. Die spätere Ausdehnung der Klagen auf andere Berechtigte ist hier ohne Interesse.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. nach nur für den Eigenthümer bestimmt, letztere nur mit der bekannten Modification, daß sie dem Eigenthümer durch Veräußerung der Sache verloren geht, l. 10 § 2 de cond. furt. (13. 1).

Die Form der persönlichen Klage zum Zweck der Vervollständigung des Schutzes des Eigenthums hat also an sich nichts Befremdendes. Die obige condictio würde sich den letztgenannten Klagen anschließen, nur der Grund beider würde ein verschiedener sein, dort ein Delict, hier die durch eine persönliche Verschuldung des Beklagten in keiner Weise bedingte Thatsache der Bereicherung aus der Sache des Klägers, in *dieser* Beziehung würde sie also mit der reivindicatio auf *einer* Linie stehen, bei beiden wäre es das bloße *Haben* der dem Kläger gehörigen Sache, welches den Beklagten der Klage des Eigenthümers aussetzte, dort das Haben des Besitzes, hier das des Eigenthums oder des Werthes der Sache, in beiden Fällen ohne Accentuirung des Schuldmoments.

Nun kann die praktische Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit jener Delictsklagen nicht Gegenstand des Zweifels sein; ohne sie gäbe es gar kein Eigenthum. Aber in Bezug auf unsere condictio verhält sich die Sache anders; die Frage, ob der Eigenthumsschutz bis zu dem Punkt auszudehnen ist, der durch sie juristisch ausgedrückt wird, muß als eine offene bezeichnet werden, die der Gesetzgeber so oder so entscheiden darf, ohne daß man ihm den Vorwurf einer unvollständigen Gestaltung des Eigenthumsschutzes machen kann. Zur Bezeichnung dieses erweiterten Eigenthumsschutzes werde ich mich, ohne, wie ich glaube, mich der Gefahr eines Mißverständnisses auszusetzen, des Ausdruckes: *obligatorisch* bedienen dürfen.

Machen wir uns die Gestalt, welche letzterer an sich
S. 240. tragen würde, klar. Gestützt auf den Grund der Bereicherung des Beklagten durch die Sache des Klägers würde er überall Platz greifen, wo diese Voraussetzung zutrifft, also im Fall

der Consumtion [sei es der Sache, sei es der Früchte], im XVI. Jahrg. Bd. XVI.
Fall des Erwerbs des Eigenthums durch Specification, Verbindung und selbst durch Usucapion. Eine weitere Ausdehnung dieses Schutzes wäre dann noch in der Richtung möglich, daß dem Eigenthümer im Fall des Untergangs der Sache oder des Eigenthums auch gegen die früheren Besitzer eine Klage auf Herausgabe der Bereicherung zugestanden würde. Die denkbar weiteste Ausdehnung dieses persönlichen Schutzes würde darin bestehen, daß er von der Voraussetzung des Wegfalls des dinglichen völlig entbunden würde, so daß also der Eigenthümer je nach seiner Wahl den gegenwärtigen Besitzer mit der reivindicatio auf Herausgabe der Sache oder den früheren mit der condictio auf Herausgabe der Bereicherung würde belangen dürfen.

Damit haben wir den Spielraum abgesteckt, innerhalb dessen sich der Gedanke einer Vervollständigung des Eigenthumsschutzes durch die persönliche Klage auf Herausgabe der Bereicherung bewegen würde. Es wird aber nöthig sein, die beiden möglichen Gestaltungen desselben noch etwas genauer ins Auge zu fassen; ich werde die eine als Anspruch gegen den *letzten Besitzer*, die andere als Anspruch gegen den *frühern Besitzer* bezeichnen.

III. Anspruch des Eigenthümers gegen den letzten Besitzer, bei dem die Sache untergegangen ist.

Der Rechtssatz, auf dem derselbe beruhen würde, würde zu lauten haben: Jeder, bei dem die Sache untergeht, haftet dem Eigenthümer bis zum Betrag der Bereicherung; an die Stelle der untergegangenen reivindicatio tritt die condictio.

Es läßt sich darüber streiten, ob eine solche Gestaltung S. 241.
des Rechts sich nicht empfehlen würde, man könnte dafür dasselbe Argument anführen, dessen sich *Windscheid* für seine condictio gegen den früheren gutgläubigen Besitzer bedient

XVI. Jahrg. Bd. XVI. (S. 38), daß nämlich der Besitzer, so lange er besitze, der Eviction ausgesetzt sei, und daß die Verbesserung seiner Lage, welche durch den Erwerb der Sache oder des Eigenthums eintrete, eine Bereicherung für ihn enthalte, welche er herauszugeben habe. Ja vom Standpunkt einer ganz abstracten Auffassung des Eigenthums aus, d. h. einer solchen, welche sich lediglich an die Idee des absoluten Gehörens der Sache hält, ohne die praktischen Bedingungen ihrer Verwirklichung ins Auge zu fassen, von diesem Standpunkte aus müßte man es als eine große Inconsequenz bezeichnen, daß das Recht das Bestimmungsverhältniß der Sache für die ökonomischen Zwecke des Eigenthümers — denn das ist ja das Eigenthum — nur so lange anerkennt und schützt, als die Sache äußerlich sichtbar existirt, dagegen seinen Schutz zurückzieht, wenn ein gutgläubiger Nichteigenthümer über sie in einer Weise disponirt, welche sie in dieser ihrer bisherigen Erscheinungsform vernichtet. In Wirklichkeit hat er damit etwas gethan, was vermöge des Eigenthums nur der Eigenthümer thun durfte, nämlich die ökonomische Bestimmung der Sache s i c h zugewandt. Indem das Recht hier seinen Schutz versagt, bleibt es hinter seinem eigenen Gedanken zurück, es macht Halt vor einer Thatsache, die der Eigenthumsidee gegenüber nur den Charakter eines rein zufälligen Ereignisses an sich trägt, es zieht sein Zugeständniß, daß die Sache für den Eigenthümer bestimmt sei, zurück, lediglich weil ein Anderer ihm zuvor gekommen ist. Wenn man es schroff ausdrücken will, kann man sagen: der Zufall trägt den Sieg über das Recht davon, die sinnliche Erscheinungsform der Sache über das Eigenthum,
S. 242. es ist eine durchaus r o h e, weil nicht durch den Gedanken, sondern das Auge geleitete Erfassung des Eigenthums, und wenn sie sich wirklich im römischen Recht findet, ein Rest jener materialistischen, sinnlichen Auffassungsweise, welche, wie ich an anderer Stelle nachgewiesen habe (Geist des römischen Rechts II § 43), die gesammte Rechtsauffassung der ältern

Zeit beeinflußte. Eine durch diese Auffassung nicht mehr be- XVI. Jahrg. Bd. XVI.
stimmte, die Idee des Eigenthums in ihrem vollen Gehalt und in ihrer vollen Consequenz erfassende Theorie des Rechts wird nicht umhin können, dieser Gestaltung des Eigenthums den Vorwurf zu machen, den ich soeben erhoben habe, den einer unvollkommenen Verwirklichung der Eigenthumsidee.

Ich habe geglaubt, diesen Gedanken zum Ausdruck bringen zn sollen, weil man meines Erachtens einen Irrthum nur dann mit Aussicht auf Erfolg bekämpfen kann, wenn man ihm vorher gerecht geworden ist, d. h. das Moment der Wahrheit aufgedeckt hat, das er in sich schließt. Im vorliegenden Fall ist dieß der Gedanke der abstracten Eigenthumsidee: der Anspruch auf Rückgabe der Bereicherung aus meiner Sache ist nur eine nothwendige Consequenz der Eigenthumsidee; wo die reivindicatio versagt, muß die condictio einspringen, sonst ist das Eigenthum Stückwerk.

Eine andere Frage aber ist, ob das, was der abstracten Idee entspricht, sich auch stets praktisch verwirklichen läßt, und darauf ertheilt das Recht bekanntlich häufig eine verneinende Antwort. Der Zweck der leichten, bequemen, sicheren Anwendung des Rechts bringt Bedingungen mit sich, denen die Idee, wenn sie Anspruch auf Verwirklichung erhebt, sich fügen muß, der Gesichtspunkt der Praktikabilität im Recht stellt sich ihr als gleichberechtigter in den Weg und dictirt ihr das Maß ihrer Verwirklichung [9]. So müssen wir denn auch in Bezug auf die von uns postulirte Verwirklichung der Eigenthums- S. 243.
idee uns bescheiden, daß das Leben nicht alles ausführen kann, was der Begriff mit sich bringt, daß hier Rücksichten zur Geltung gelangen, die dem letzteren fremd sind, und die sich doch nicht abweisen lassen, wenn das Recht nicht Gefahr laufen will, etwas praktisch Unbrauchbares in die Welt zu

---

9) Von mir in meinem Geist des R. R. I S. 51 und II, 1 S. 325 fl. (Aufl. 3) bereits ausführlich behandelt.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. setzen. Enthält doch bereits die condictio sine causa in Anwendung auf das Eigenthum, man mag sie so weit erstrecken, wie man will, eine Abschwächung der in der reivindicatio ausgeprägten Idee des Eigenthums, d. h. der Verfolgbarkeit desselben gegen alle Besitzer. Die volle Consequenz desselben würde die Gewährung des dinglichen Schutzes verlangen, so lange derselbe möglich ist. Möglich aber ist er, wenn in der Sache, die der Dritte besitzt, noch irgend etwas von der meinigen enthalten ist, also nicht bloß im Fall der confusio und commixtio, wo ja das römische Recht in der That noch die in rem actio zugesteht, sondern auch im Fall der accessio und der specificatio. In den beiden letzteren Fällen würde sich die Klage auf Herausgabe der Sache in die auf Herausgabe ihres Werths verwandeln, und die reivindicatio utilis gegen den Maler auf Ersatz des Werths der Tafel und gegen den Grundeigenthümer auf Ersatz des Werths des eingepflanzten und festgewachsenen Baumes[10]) zeigt, daß den Römern der Gedanke, die reivindicatio auch zu diesem Zweck zu verwenden, nicht als undenkbarer erschienen ist.

Wohin aber gelangen wir, wenn wir die volle Eigenthumsconsequenz in dieser Weise durchführen wollen? Es hat Jemand meinen Leinsamen gestohlen, in sein Grundstück gesät, daraus Flachs gewonnen und letzteren verkauft. Der Käufer macht daraus Leinwand, die er wiederum verkauft, und aus S. 244. der ein Anderer Hemden anfertigt; die Hemden, nachdem sie abgetragen, kommen zum Papierfabrikanten, der aus den Lumpen Papier macht, letzteres zum Buchhändler, der es bedruckt, das Buch in die Hände des gegenwärtigen Inhabers. Wer will leugnen, daß in dem Buch, freilich in unendlicher homöopathischer Verdünnung, noch etwas von meinem Leinsamen steckt? Folglich würde mir der starren Consequenz des Eigenthums zufolge gegen den Besitzer des Buches eine rei-

---

10) § 34 I. de R. D. (2, 1) l. 5 § 3 de R. V. (6. 1).

vindicatio utilis auf Herausgabe der Bereicherung zustehen, XVI. Jahrg. Bd. XVI.
denn „meum est, quod ex re mea superest“ l. 49 § 1 de R. V. (6, 1) „quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est“, l. 12 § 3 ad exh. (10, 4). Alle Sachen, in denen sich etwas von meinem Leinsamen befände: der Flachs, die Leinwand, das Hemd, das Papier, würden, wenn der Leinsamen gestohlen worden wäre, nicht usucapirt werden können, denn „si ex lana furtiva vestimenta feceris, verius est ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit“, l. 4 § 20 de usuc. (41, 3).

Wer wird nicht ein Kreuz schlagen vor einer solchen Consequenz und es nicht dem Recht Dank wissen, daß dasselbe es sich nicht zur Aufgabe gesetzt hat, consequent zu sein, daß es lieber den Vorwurf über sich ergehen läßt, inconsequent als unpraktisch zu sein.

Von einer so excessiven Verfolgung der Eigenthumsidee ist nun in dem Verhältniß, das hier zur Frage steht, nicht die Rede, es handelt sich lediglich um den Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, bei dem seine Sache oder sein Eigenthum *unmittelbar* untergegangen ist, also um ein eng begrenztes Verhältniß, bei dem die Voraussetzungen sich abstract eben so leicht formuliren wie konkret leicht nachweisen lassen. Wir stellen uns die Frage: hat das römische Recht der Anforderung, welche wir oben begründet haben, entsprochen? Wir unterscheiden den Untergang der *Sache* und den des S. 245.
Eigenthums ohne Untergang der Sache (Usucapion).

Untergang der Sache.

Erfolgt derselbe durch *Vermischung* mit einer andern (confusio, commixtio), so spricht das römische Recht dem bisherigen Eigenthümer bekanntlich im Verhältniß des Werthes der Sache das Miteigenthum an dem Vermischungsprodukte zu. Nur das Geld bildet eine Ausnahme; wer fremdes Geld eingenommen und mit dem seinigen vermischt hat, er-

XVI. Jahrg. Bd. XVI. hält das Eigenthum daran. Hier hätte sich die Gelegenheit geboten, an Stelle der untergegangenen reivindicatio die condictio sine causa zu setzen, das römische Recht hat dies aber nicht gethan, es beschränkt den rechtlichen Erfolg der Consumtion auf das Rechtsverhältniß der beiden sich unmittelbar gegenüber stehenden Personen: Geber und Nehmer; das zwischen beiden beabsichtigte und durch den Eigenthumsübergang bedingte Geschäft (Dahrlehn, Zahlung, Schenkung) wird durch die auf dem Wege der Consumtion bewirkte Ergänzung des ursprünglichen Mangels hinterher rechtsbeständig [11]). Und doch ist zweifellos das Eigenthum nicht vom Geber, sondern vom Eigenthümer auf den Empfänger übergegangen, da dasselbe, so lange es noch nicht vermischt war, in dessen Eigenthum verblieben war. Nur ein einziger Fall ist mir bekannt, wo dem Eigenthümer gegen den Empfänger eine Klage gegeben wird, es ist der ganz eigenthümlich gestaltete der l. 9
S. 246. § 4 ad exhib. (10, 4), in dem der Jurist aber nicht die condictio sine causa, sondern eine act. in factum gibt.

Ein zweiter Fall ist der des Eigenthumserwerbs durch Accession. Die späteren Juristen haben die Billigkeit eines persönlichen Entschädigungsanspruches des Eigenthümers gegen den dritten Besitzer, der in dieser Weise ihn um sein Eigenthum gebracht hat, nicht verkannt, aber die Klage, welche sie ihm gewähren, ist nicht die condictio sine causa, sondern eine actio in factum und die reivindicatio utilis [12]).

Es ist schwer zu begreifen, wie sie zu diesen beiden Kla-

---

11) Das Darlehn, l. 12 i. f. de reb. cred., l. 13 pr. § 1, l. 19 § 1 (12, 1), l. 8 Cod. Depos. (4, 34) u. a. l. 56 § 2 de fidej. (46, 1), das dare conditionis implendae causa durch den statuliber l. 3 § 9. de statul. (40, 7) . . si sic consumti fuerint, ut nullo casu avelli possent, l. 17, l. 78, 94 § 2 de solut. (46, 3); ob der Geber das Geld gestohlen hatte, ist den citirten Stellen zufolge gleichgültig.

12) L. 23 § 5 de R. V. (6. 1) . . in factum actio necessaria est — l. 5 § 3 ibid. l. 9 § 2 de A. R. D. (41, 1), § 34 J. de R. D. (2, 1).

gen hätten greifen sollen, wenn sie eine condictio sine causa für anwendbar gehalten hätten. XVI. Jahrg. Bd. XVI.

Jene Klagen werden dem Eigenthümer der Nebensache nur dann gegeben, wenn der Herr der Hauptsache die Verbindung bewerkstelligt hat, für den Fall dagegen, daß er selber als Besitzer der letzteren dies gethan, steht ihm nach der herrschenden Lehre, die ich für richtig halte, nur ein Retentionsrecht, im Fall der versäumten Geltendmachung desselben aber keine Klage zu[13]). Auf den ersten Blick scheint dies inconsequent zu sein. Was verschlägt es, kann man sagen, wer von beiden die Verbindung bewerkstelligt hat? Der Eigenthümer der Hauptsache ist dadurch bereichert worden, und wenn das Recht einmal in beiden Fällen es für billig erachtet, daß er den Herrn der Nebensache entschädige, warum nicht auch in beiden Fällen eine Klage? Das Argument ist nicht so schlagend, wie es scheint. Es ist doch ein Unterschied, ob ich selber mich durch die Verbindung meiner Sache mit der fremden um das Eigenthum meiner Sache gebracht habe, S. 247.
oder ob es ein Anderer gethan hat; dort trifft mich der Vorwurf, daß ich mich über das Eigenthum der fremden Sache geirrt habe, hier bin ich selber außer aller Schuld, ich bin durch den Gegner um mein Eigenthum gekommen.

Nur in einem Fall hat die spätere römische Jurisprudenz eine klageweise Nachholung des versäumten Retentionsrechts gewährt, es ist der der l. 5 § 2 de imp. dot. (25, 1). Der Mann gibt die Dos heraus ohne Abzug der impensae necessariae. Für diesen Fall gewährte Marcellus, wie Ulpian, der sich seiner Ansicht anschließt, berichtet, eine condictio (indebiti), während die meisten anderen Juristen sie versagten. Für letztere sprach, daß das Recht dem Manne wegen seiner Impensen auf die Dos keine Klage, sondern nur ein Recht

13) L. 48 de R. V. (6, 1) . . neque a domino peti possunt, l. 14 § 1, l. 29 pr. comm. div. (10, 3), l. 33 de cond. ind. (12, 6), l. 14 de dol. exc. (44, 4).

XVI. Jahrg. Bd. XVI. des Abzugs („deductio") oder der Vorenthaltung („retentio") gegeben hatte [14]), dessen versäumte Geltendmachung nach allgemeinen Grundsätzen durch eine cond. indebiti nicht nachgeholt werden konnte [15]), während Marcellus sich für die Ausnahme, welche er von diesem Satz in Bezug auf die impensae necessariae statuirte, auf den alten Satz: impensae necessariae dotem **ipso jure** minuunt und die Analogie der versäumten Geltendmachung des Compensationsrechts berufen konnte. Hätte dieser Satz den Sinn gehabt, den man regelmäßig mit ihm verbindet, den ich meinerseits aber bestreiten
S. 248. zu müssen geglaubt habe [16]), so wäre nicht zu verstehen, wie Marcellus die allgemeine Ansicht gegen sich haben konnte, und wie Ulpian nur „propter aequitatem" dessen Meinung glaubte zulassen zu müssen [17]), während sich dies sehr wohl begreift, wenn man den Grund des Satzes mit mir lediglich

14) L. 8 pr. l. 16 de imp. (25, 1) . . deductionem l. 15 ib. deduci — Ulp. VI, 9, retentiones ex dote . . . propter impensas.

15) L. 51 de cond. ind. (12, 6). Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus, oder wie l. 7 § 4 de dote prael. (33, 4) sich ausdrückt: solutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum.

16) In meinem Geist des R. R. III, 1 S. 68; das Weitere gehört nicht hierher.

17) **Bechmann**, Das römische Dotalrecht II S. 277 gesteht denn auch offen ein, daß ihm „wenn diese Stelle ohne Einschränkung zu verstehen sei, jeder Schlüssel zur Erklärung der entgegengesetzten Ansicht, wie sie von den plerique vertreten ward, fehle". **Dernburg**, Compensation Aufl. 2 S. 140 supponirt den Fall **wissentlich** unterlassenen Abzuges — ganz willkürlich und mit Recht von **Czyhlarz**, Röm. Dotalrecht, S. 289 verworfen. Nach Ansicht des letzteren hat sich die Controverse nur auf den Fall bezogen, wenn die Dos in Sachen, nicht wenn sie in Geld bestand — eben so willkürlich, da die Stelle ganz allgemein spricht. Alle drei Schriftsteller und mit ihnen alle, welche jener Regel eine materielle statt einer rein formell-prozessualischen Deutung geben, erneuern nur den Irrthum des Marcellus d. h. sie geben der Regel eine materielle Bedeutung, die sie im alten Recht einmal nicht hatte.

in prozessualischen Rücksichten findet. Unter dieser Voraus- XVI. Jahrg. Bd. XVI. setzung erscheint die Ansicht des Marcellus in Wirklichkeit als ein Versuch, in einem Falle eine Klage zu geben, wo das alte Recht absichtlich nur eine Einrede (in Ipso-jure-Form) gewährt hatte.

Einen dritten Fall, welcher dem römischen Recht zur Gewährung der Bereicherungsklage an den Eigenthümer Anlaß geboten hätte, bildet die Specification. Es ist mir aus den Quellen nur eine einzige Stelle bekannt, welche den Anspruch des früheren Eigenthümers berührt, es ist die l. 30 de don. i. V. (24. 1) von Gajus, welche dem Manne gegen die Frau, die aus der geschenkten Wolle sich Kleider gemacht und damit das Eigenthum erworben hat (l. 29 ib.), eine utilis actio zuspricht, worunter hier, wie in der obigen l. 5 § 3 de R. V. und in l. 9 § 2 de A. R. D. (41. 1) die reivindicatio utilis zu verstehen sein wird. Auch hier fällt die Wahl dieser Klage für mich schwer in's Gewicht; sie zeigt wiederum, daß Gajus die condictio sine causa in diesem S. 249. Fall ebensowenig für anwendbar gehalten hat wie in dem der ebenfalls von ihm herrührenden l. 9 § 2 cit. Dieser Schluß wird meines Erachtens zur Gewißheit, wenn wir die Aeußerung desselben Juristen in seinen Institutionen II § 79 damit vergleichen. Nachdem er sich hier über die Eigenthumsfrage ausgesprochen und zuerst die Ansicht des Sabinus, welcher dem Stoffeigenthümer das Eigenthum der neuen Sache zusprach, vorgetragen, theilt er die entgegengesetzte der Prokulejaner mit und fügt hinzu:

> sed eum quoque, cujus materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem nec minus adversus eundem condictionem ei competere.

Gajus berichtet damit den Grund, mit dem die Prokulejaner den Vorwurf, auf den sie sich gefaßt halten mußten, daß sie nämlich den Eigenthümer völlig schutzlos ließen, zu

XVI. Jahrg. Bd. XVI. entkräften gedachten. Allerdings, so lautete ihre Argumentation, sprechen wir dem Specificanten das Eigenthum zu („ejus rem esse . . qui fecerit"), aber auch der Eigenthümer (sed eum quoque) ist nicht schutzlos, denn ihm steht ja die actio furti und condictio furtiva gegen den Dieb zu. Hätten sie auch gegen den Specificanten eine condictio (sine causa) für möglich gehalten, so durfte Gajus, wenn er sie überhaupt zu Worte lassen wollte, dies unmöglich verschweigen, er hätte dann ihren schwächsten Rechtfertigungsgrund wiedergegeben und den stärksten unterschlagen.

Gajus fügt seinerseits noch eine Bemerkung in Bezug auf die condictio furtiva hinzu:

> quia exstinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

S. 250. (im Indicativ: possunt statt des bisher von ihm gebrauchten Infinitivs: competere).

Daß er damit nicht gemeint gewesen ist, die condictio im obigen Verhältniß über die Person des Diebes hinaus auch auf andere Personen, insbesondere auf den gutgläubigen Specificanten auszudehnen, kann aus einem doppelten Grunde keinem Zweifel unterliegen. Einmal weil Gajus — und er ist es ja, der hier spricht („possunt") — da er sich zur Ansicht des Sabinus bekannte, dem Stoffeigenthümer, der ihr zufolge das Eigenthum gar nicht verloren hatte, gar keine condictio zugestehen konnte. Und sodann, weil seine Bemerkung nicht die Frage von der Specification selber, sondern lediglich die condictio furtiva trifft, wie aus dem quia, mit dem Gajus sie der letzteren anschließt, (condictionem ei competere, quia) hervorgeht. Der condictio furtiva, wollte er sagen, kann der Untergang der Sache, mag er beim Diebe oder beim Dritten erfolgt sein, nicht entgegengesetzt werden, denn wenn auch

> postea (res) peremta est, tamen durare condictionem

veteres voluerunt, quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere, XVI. Jahrg. Bd. XVI.

und noch Ulpian in l. 8 ibid. hält es für nöthig, die Frage aufzuwerfen, wie die condictio furtiva, da sie auf den Gegenstand selbst gerichtet sei, fortdauern könne, nachdem derselbe untergegangen sei:

in re furtiva condictio ipsorum corporum competit, sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis?

und erledigt dies Bedenken damit, daß sie in diesem Fall zwar nicht auf den Gegenstand selber, sondern auf ihren Werth zu richten sei:

durat condictio aestimationis ejus, corpus enim S. 251. ipsum praestari non potest.

Bezieht sich der Zusatz von Gajus lediglich auf die condictio furtiva, so kann Gajus mit den „quibusdam aliis possessoribus" nur diejenigen Personen gemeint haben, gegen welche diese Klage gerichtet werden kann, obschon ein furtum im eigentlichen Sinn des Wortes nicht anzunehmen ist. An welche Personen man aber denken solle, darüber ist man sehr im Zweifel [18]). Vielleicht dürften die folgenden Bemerkungen dazu dienen, diesen Stein des Anstoßes zu beseitigen.

Der im Testament freigelassene Sklave, welcher vor Antritt der Erbschaft Nachlaßgegenstände unterschlagen hatte, beging damit kein furtum [19]): gegen ihn gab der Prätor, um dieser Lücke im Recht abzuhelfen, eine Klage aufs Interesse [20]),

18) Windscheid S. 17 seiner Abhandlung stellt in Frage: ob vielleicht unredliche Besitzer, die trotz Mahnung nicht herausgeben. Schrader in seinen Institutionen II § 26 gesteht seine völlige Rathlosigkeit ein.

19) l. 1 § 1. Si is qui test. liber (47. 4) . . quia hereditati furtum fecit hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit. l. 1 § 15 ibid.

20) l. 1 § 16 ibid.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. bei der er den Ausdruck „furtum“ durch „subripere“ umging (Tit. 47. 4 „si .. subripuisse .. quid dicetur,)[21]), während die Juristen sich nicht scheuten auch hier von einem furtum zu sprechen[22]).

Ob auch in diesem Fall nach Analogie jener Klage eine condictio furtiva möglich war, darüber will ich nicht aburtheilen. In der l. 1 § 17 wird nur die reivindicatio genannt:

S. 252. Praeter hanc actionem esse et vindicationem rei constat, cum haec actio ad similitudinem furti competat.

Aber wie wenn die Sache kasuell untergegangen war? Die reivindicatio führte dann den Erben nicht zum Ziel; hier konnte nur die condictio helfen. Hat der Jurist in jener Stelle vielleicht statt: vindicationem, wie alle Handschriften lesen: condictionem geschrieben? Dafür möchte man den Grund, dessen er sich zur Rechtfertigung seiner Behauptung bedient: „cum haec actio ad similitudinem furti competat“ geltend machen. Sein Gedankengang wäre dann gewesen: da der Prätor mittelst dieser Klage die actio furti nachgebildet hat, so wird auch analog die condictio furtiva gewährt werden können, die ja, wie Gajus in der obigen Stelle uns sagt, nicht bloß gegen die „fures“ im eigentlichen Sinn, sondern auch gegen „quosdam alios possessores“ zusteht. Ich bin aber nicht gesonnen, diese Emendation des Textes für eine nothwendige zu erklären, da auch die jetzige Lesart einen verständigen Sinn giebt: die vindicatio wird durch die prätorische Klage gegen den ehemaligen Sklaven nicht ausgeschlossen, denn letztere ist wie die act. furti eine Pönalklage, neben welcher die reipersekutorische ihre volle Geltung hat.

---

21) l. 1 § 10 ibid. . . in locum deficientis furti actionis propter servitutem hanc actionem substituit Praetor.

22) l. 1 § 14 ib. non tantum autem ad sola furta ista actio pertinet.

Wie es sich aber auch hiermit verhalten haben möge, XVI. Jahrg. Bd. XVI.
jedenfalls fehlt es nicht an Fällen einer condictio furtiva gegen andere Personen als den Dieb. Der Räuber ward von den Römern wie von uns vom Diebe unterschieden[23]) und doch fand gegen ihn die condictio furtiva Statt[24]), in Bezug auf die Spießgesellen derselben, welche die Römer in ge- S. 253.
nauer Sprache ebenfalls von ihnen unterscheiden[25]), wird dies schwerlich Jemand bezweifeln.

Den letzten Passus von Gajus haben die Compilatoren Justinians in die Institutionen hinübergenommen (§ 26 J. de R. D. 2. 1), nur daß sie ihn hier mit dem Eigenthumserwerb durch Accession in Verbindung gebracht haben, und daß an die Stelle des „quibusdam" von Gajus „quibusque" getreten ist. Die Autorität von Theophilus (*κατὰ πάντων νομέων*) zeigt, daß diese Lesart die ächte ist, aber zugleich auch, daß die Compilatoren dabei nicht an die condictio sine causa, sondern die condictio furtiva dachten, denn Theophilus wiederholt, indem er der „Diebe und aller andern Besitzer" gedenkt, ausdrücklich zwei Mal den Namen der letzteren Klage. Was er sich dabei gedacht hat, können wir ihm überlassen, jedenfalls steht fest, daß er nicht an die condictio sine causa gedacht hat.

In den Institutionen fehlt zwar in dem Schlußsatz:

> „nam exstinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusque aliis possessoribus possunt".

---

23) l. 14 § 12 quod met. (4. 2) l. 3 § 5 vi bon. rapt. (47. 8) l. 3 § 5 de inc. (47. 9) l. 10 § 1 de cond. furt. (13. 1). Darnach ist also der „fur" in l. 13 § 2 de jurej. (12. 2) in dem weiteren Sinn des Textes zu verstehen.

24) l. 2 § 26 vi bon. rapt. (47. 8).

25) So z. B. die abigei, l. 1 § 1 l. 3 pr. de abig. (47. 14), expilatores, effractores l. 1 § 1, 2 de effr. (47. 18) plagiarii, l. 6 pr. § 2 de leg. Fab. (48. 15).

XVI. Jahrg. Bd. XVI. die Hinweisung auf die condictio furtiva, und wer einen Text lediglich aus sich selber glaubt interpretiren nnd alle historischen Hülfsmittel zur Feststellung seines Sinnes, so weit sie nicht in den offiziellen Quellen enthalten sind, verschmähen zu müssen, der mag im vorliegenden Fall, indem er sich streng an die Worte des Textes hält und die Zeugnisse von Gajus und Theophilus zurückweist, die Beschränkung jenes Passus auf die condictio furtiva für unstatthaft erklären und das
S. 254. condici der Stelle gleichmäßig auf sie und die condictio sine causa beziehen, aber wer denn einmal den Buchstaben anruft, möge ihn auch voll gelten lassen und seinerseits ihm nicht Gewalt anthun. Dann gewinnen wir aus dieser Stelle das erbauliche Resultat, daß der Eigenthümer, wenn seine Sache beim b. f. possessor untergegangen ist, einerlei, ob mit oder ohne seine Schuld, einerlei, ob er dadurch bereichert ist oder nicht, sie von ihm condiciren kann, ganz so wie vom Diebe — ein Satz, durch den alles, was wir sonst von der Rechtstellung des b. f. possessor wissen, über den Haufen geworfen werden würde!

Das Resultat, zu dem ich gelange, ist, daß die Institutionenstelle der Theorie der condictio sine causa in der hier besprochenen Anwendung keine Stütze gewährt, und ich freue mich, daß Windscheid, der ebenso wie ich[26]) sie früher auf diese Klage bezogen hatte[27]), diese Ansicht jetzt in seiner Abhandlung (S. 16, 17) zurückgenommen hat. Allerdings ist die Art, in der er dies thut, keine ganz bestimmte. Wo er die Stelle zuerst berührt, erklärt er die Frage, ob sie auf den gutgläubigen Besitzer bezogen werden könne, für „zweifelhaft", wenige Zeilen weiter aber steigert sich dies bloße

---

26) In der citirten Abhandl. S. 79 und in diesen Jahrbüchern I. S. 138 Note 24.

27) Lehrbuch I § 190 Anm. 4.

„zweifelhaft", der Grund aber, mit dem er seinen Zweifel XVI. Jahrg. Bd. XVI. motivirt und die Form, in der er ihn vorbringt, beweisen, daß er sich in Wirklichkeit außer Stand fühlt, seine alte Ansicht aufrecht zu erhalten. Er erkennt an, daß die condictio der Stelle auf die Sache selbst („res exstinctae"), nicht auf die bloße Bereicherung gehe, und knüpft daran die Frage: „wie sollte sie einen andern Inhalt haben gegenüber den andern Besitzern, auf welche sie erstreckt wird"? Darin vermag S. 255. ich meinerseits, da er auf diese Frage selber keine Antwort gibt, nichts anderes zu erblicken als das Zugeständniß, daß die Klage auf letztere nicht bezogen werden könne, und ich verstehe es nicht, wie er gleichwohl fortfahren kann: „es sei ihm daher viel wahrscheinlicher, daß u. s. w." und ebenso wenig, wie er nach diesem abermaligen wiederum zweifelnden Ausdruck schließlich ganz kategorisch sagen kann: „die Stelle denkt eben an die redlichen Besitzer nicht, und wenn sie condictionem rei auf unredliche Besitzer beschränkt, so läßt sie die Frage, ob und wie weit condictio pretii zulässig sei, offen". Entweder ist letzeres das richtige, dann handelt es sich nicht mehr um „zweifelhaft, außerordentlich zweifelhaft, viel wahrscheinlicher", oder aber die Frage ist wirklich zweifelhaft, dann hat Windscheid mit dem letzteren Satz zu viel gesagt. Meines Erachtens ist sie es nicht, ich glaube vielmehr den Beweis erbracht zu haben, daß die Institutionenstelle auf den gutgläubigen Besitzer gar nicht bezogen werden kann, sie scheidet daher für unsere Untersuchung völlig aus.

Bisher haben wir demnach von der angeblichen condictio sine causa auf Bereicherung noch nicht die geringste Spur entdeckt, untersuchen wir nun, ob der letzte noch übrige Fall der Bereicherung des gutgläubigen Besitzers aus fremder Sache uns ein günstigeres Resultat gewährt.

Es ist der der Consumtion. Meines Wissens berühren unsere Quellen die Frage nur in Bezug auf die Consumtion des Geldes und der Früchte, wenigstens erinnere

XVI. Jahrg. Bd. XVI. ich mich keiner Aeußerung der Quellen, welche sie in Anwendung auf andere Sachen behandelte[28]).

S. 256. Für den ersten Fall ist die Gestalt der Sache außer allem Zweifel. Wenn Jemand einem Andern fremdes Geld gibt, (wissentlich oder unwissentlich, selbst der Dieb,) so entstehen durch die Consumtion desselben nur Wirkungen zwischen beiden Personen, im Fall der Hingabe zum Darlehn die condictio ex mutuo, im Fall der Hingabe zur Zahlung Befreiung von der Schuld[29]), für den Eigenthümer äußert die Consumtion seines Geldes keine Wirkung, es steht ihm gegen den Empfänger nicht die condictio sine causa zu, wie es ja nach der Windscheid'schen Bereicherungstheorie der Fall sein müßte.

Für den zweiten Fall: den der Consumtion der Früchte der fremden Sache von Seiten des b. f. p. stellt das römische Recht bekanntlich den Satz auf, daß der b. f. p. für die consumirten Früchte keine Entschädigung zu leisten habe — bonae fidei possessor fructus consumtos suos facit.

Windscheid hat (S. 24) das Gewicht, welches dieser Satz gegen seine Theorie in die Wagschale wirft, in einer Weise zu entkräften versucht, die mich nicht überzeugt hat. Das Recht des redlichen Besitzens an den Früchten, sagt er, ist eben ein besonderes, gerade für den Fruchtfall aufgestelltes Recht. Ich bin damit einverstanden, insoweit es sich um den Eigenthumserwerb an den Früchten handelt (b. f. p. fructus perceptos suos facit), den Windscheid aber seinerseits nicht annimmt (Lehrbuch der Pandekten I § 186),

---

28) Die l. 30 § 2 ad leg. Aq. (9. 2) spricht von der Consumtion einer fremden Sache durch den malae fidei possessor, ebenso l. 9 § 1 ad exh. (10. 4). Nach der letzten Stelle scheint der Jurist für den Fall der bona fide erfolgten Consumtion keine Klage gewähren zu wollen, da er die Voraussetzung des dolus ausdrücklich betont.

29) l. 13 pr., l. 19 § 1 de R. Cr. (l. 2. 1), l. 56 § 2 de fidej. (46. 1), l. 17, 94 § 2 de solut. (46. 3).

dagegen nicht einverstanden, soweit es sich um die Con- XVI. Jahrg. Bd. XVI.
sumtion handelt (b. f. p. fructus consumtos suos facit).
In Bezug auf dies letztere Recht des b. f. p., das hier allein S. 257.
in Frage steht, setze ich der Behauptung Windscheid's, daß es eine Besonderheit des Fruchtfalls, also eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen enthalte, die andere entgegen, daß es auf einer Anwendung derselben beruht. Nach meiner Ansicht hat der gutgläubige Besitzer für das geschlachtete Kalb aus dem Grunde keinen Ersatz zu leisten, weil er ihn auch für die geschlachtete Kuh nicht zu leisten hat, Hauptsache und Frucht stehen sich in dieser Beziehung völlig gleich; nach Windscheid findet zwischen beiden Fällen eine wesentliche Verschiedenheit Statt, für das Kalb fällt die Entschädigungspflicht hinweg, für die Kuh nicht. Woher und warum eine Besonderheit in Bezug auf die Früchte? Es bedarf besonderer Gründe, um sie zu rechtfertigen, und Windscheid hat sich der Aufforderung nicht entzogen, dieselben namhaft zu machen.

Ich gebe seine Motivirung wörtlich wieder. „Das Recht des b. f. p., sagt er, beruht ohne Zweifel auf der Auffassung, daß durch das Verzehren von Früchten eine Bereicherung nicht hervorgebracht werde. Verzehren an und für sich schafft nie eine Vermehrung des Vermögens, sondern nur eine Vermehrung des Wohlbefindens des Verzehrenden; Verzehren schafft nur insofern eine Vermehrung des Vermögens, als dadurch das Verzehren von im Vermögen befindlichen Sachen erspart wird und diese dadurch dem Vermögen erhalten werden. Nun ist aber offenbar die Meinung des römischen Rechts die, daß die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte nicht die Aufspeicherung, sondern der Verbrauch ist, und daß wer mehr an Früchten zieht, auch mehr verbrauchen wird."

Diese wenigen Sätze schließen drei Behauptungen in sich, denen ich mich bisher nicht erinnere begegnet zu sein, und

XVI. Jahrg. Bd. XVI. welche die Wissenschaft bei der Autorität, welche sie bei dem Namen ihres Urhebers beanspruchen können, meines Erachtens
S. 258. tens alle Ursache hat einer genauen Prüfung unterziehen. Es sind folgende.

1. Die Begriffsbestimmung der Bereicherung bei der Consumtion.

Ist es wahr, daß das Verzehren stets nur eine Vermehrung des Wohlbefindens des Verzehrenden schaffe? Wenn der Besitzer des fremden Grundstücks mit dem auf demselben gewonnenen Hafer seine Pferde füttert, so erhöht er damit nicht sein persönliches Wohlbefinden. Wenn er mit dem auf demselben gewonnenen Heu seinen Ochsen mästet und damit so und so viel Pfund Fleisch erzielt, so ist das Produkt nicht blos das negative der Ersparung von sonst nothwendig gewesenen Ausgaben, sondern das Heu hat sich verwandelt in Fleisch, es ist in anderer Form noch gegenwärtig in seinem Vermögen vorhanden.

Und sodann: was soll die Behauptung, daß das Verzehren „an und für sich nie eine Vermehrung des Vermögens, sondern nur die des Wohlbefindens des Verzehrenden schaffe," da sie sofort wieder durch den Zusatz eingeschränkt wird, daß sie es dennoch „insofern thue, als dadurch andere Sachen dem Vermögen erhalten bleiben?" Was heißt „an und für sich?" Sollen wir darunter verstehen: den Akt des Verzehrens ohne alle Beziehung auf das Vermögen des Verzehrenden? Für uns handelt es sich ja lediglich um diese letztere Beziehung, um die Bestimmung des Einflusses, den das Verzehren — und zwar nicht der eigenen, sondern der fremden Sache — auf das Vermögen des Verzehrenden ausübt, also um die Frage: läßt sich der dadurch erreichte Erfolg als Bereicherung aus fremder Sache bezeichnen oder nicht? Darauf ertheilen uns unsere Quellen eine ganz bestimmte Antwort: der Verzehrende ist soweit
S. 259. bereichert, als er mit der fremden Sache erreicht hat, was er

sonst mit der eigenen würde haben thun müssen oder gethan haben. Nicht das gilt ihnen als das Entscheidende, wie viel von der verzehrten Sache noch substantiell im Vermögen des Verzehrenden fortdauert, sondern ob ihm eine Ausgabe, die er sonst hätte machen müssen, erspart worden ist. Füttert er mit der fremden Gerste seine Hühner, so dauert dieselbe in Form des Fleisches, das dadurch erzeugt ist, substantiell in seinem Vermögen fort; verwendet er dieselbe zur Nahrung von sich und den Seinigen, so nicht, da der menschliche Körper nicht Gegenstand des Vermögens ist. Aber eine Bereicherung durch die Gerste erkennen unsere Quellen in beiden Fällen an. Ebensowenig legen sie bei fremdem Gelde darauf Gewicht, ob dasselbe juristisch im Vermögen fortdauert oder nicht. Gibt der Besitzer dasselbe einem Andern zum Darlehn, so dauert es juristisch fort in Form der Darlehnsklage; verwendet er es für die laufenden Ausgaben des Haushaltes, so ist es juristisch untergegangen, aber bereichert worden ist er hier wie dort. XVI. Jahrb. Bd. XVI.

Ich weiß kaum, ob ich nöthig habe, für diese bekannten Dinge Quellenstellen zu citiren. Eine reiche Fundgrube für dieselben bieten die Titel der Pandekten: de in rem verso (XV, 3), de hereditatis petitione (V, 3) und in Bezug auf den Ersatz der Impensen die Titel de reivindicatione (VI, 1) und de impensis in res dotales factis (XXV, 1).

Als Bereicherung (in rem versio) wird in dem ersten Titel jede Consumtion von Seiten des Sklaven bezeichnet, welche den Erfolg hatte, „ut aut rem meliorem habeat aut non deteriorem" (l. 3 § 1), und als Beispiele werden angeführt: „si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumserit — si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam" — si pecuniam a creditore S. 260.
acceptam dominico creditori solverit und in l. 3 § 5: si alii crediderit, quod nomen ei acquisitum est. Unter

XVI. Jahrg. Bd. XVI. den Gesichtspunkt der Bereicherung fallen aber nicht blos die schlechthin nothwendigen Ausgaben, sondern auch die standesmäßig gebotenen, l. 7 § 3: si odores et unguenta servus emerit et ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat oder die bisher gewohnten l. 3 § 3: secundum consuetudinem domini i. e. usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat, l. 7 § 13 ad S. C. Maced. (14. 6) eam quantitatem, quam pater solebat subministrare. l. 65 § 7 de cond. ind. (12. 6): habitatatione data pecuniam condicam, non quanti locari potuit, sed quanti tu conducturus fuisses, l. 25 § 16 de her. pet. (5. 3): ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ... in statutis vero sumtibus videatur locupletior factus. Als Princip für die ganze Frage läßt sich der Ausspruch der letzteren Stelle benutzen: verius est, ut ex suo patrimonio decedant, quae, etsi non heres fuisset, erogasset d. h. die Consumtion der fremden Sache begründet dann eine Bereicherung, wenn sie für einen Zweck erfolgt ist, den der Besitzer sonst aus eignem Vermögen würde bestritten haben, nam hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est, l. 47 § 1 de solut. (46. 3): id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit.

Nach diesen Quellenäußerungen, die sich, wie jeder Kenner weiß, durch unzählige andere vermehren ließen, unterliegt es keinem Zweifel, daß die Consumtion einer fremden Sache eine Bereicherung enthalten kann, daß mithin, wenn der Satz wahr ist, daß grundlose Bereicherung aus fremder Sache die condictio sine causa erzeugt, die letztere Klage im S. 261. Fall einer derartigen Consumtion dem Eigenthümer zustehen müßte. Gewährt das römische Recht sie? Ich habe mich vergebens nach derselben umgesehen. Die Titel de condictione sine causa und de reivindicatione beobachten über sie tiefes Schweigen, und doch hätten die Compilatoren insbe-

sondere in dem letzteren Titel bei Gelegenheit der Frage von XVI. Jahrg. Bd. XVI.
der Haftung des Besitzers, qui dolo desiit possidere, die dringendste Veranlassung gehabt, auch die Frage von der Haftung des b. f. p. auf Grund der Consumtion zur Parallele heranzuziehen. In einem Falle ist die Haftung desselben ausdrücklich anerkannt worden, nämlich bei dem gutgläubigen Besitzer der Erbschaft, aber hier ist dieselbe erst durch einen speciellen Akt der Gesetzgebung: das S. C. Juventianum ausdrücklich eingeführt worden. Wozu dies, wenn man schon mit der condictio sine causa denselben Zweck hätte erreichen können? In der That aber stützen die Juristen die Haftung desselben ausschließlich auf das S. C., so z. B. Paulus, in l. 28 de her. pet. (5. 3): post SCum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est. Wie konnte Hadrian in seinem Begleitschreiben zu dem Entwurf des S. C. den Grundsatz der Haftung des gutgläubigen Besitzers der Erbschaft bis zum Betrage der Bereicherung als eine erst reiflich zu erwägende Neuerung bezeichnen, wie er es in l. 22 ibid. thut:

> Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere?

und ihn noch erst durch den Gesichtspunkt unterstützen:

> quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum,

wenn der Grundsatz bereits durch die condictio sine causa S. 262.
principiell und für das gesammte Recht anerkannt und processualisch verwirklicht worden war? Oder wenn dieß damals noch nicht der Fall war, wenn also die Bereicherungstheorie erst von der hereditas auf den Verkehr unter Lebenden, d. h. auf die res singulares im Gegensatz zur universitas übertragen worden ist, warum knüpfte die Jurispru-

XVI. Jahrg. Bd. XVI. denz den Fortschritt in dieser Richtung nicht ganz ebenso an das S. C. an, wie sie es in Bezug auf die Haftung des Beklagten für dolus praeteritus that? Mit demselben Recht, mit dem der Jurist in l. 27 § 3 de reiv. (6. 1) sagt:

> cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

hätte er, wenn einmal die Jurisprudenz den Singularbesitzer für die Bereicherung ganz so haften lassen wollte wie den Universalbesitzer, (wie es ja der Windscheid'schen Theorie entspricht), auch dafür die Analogie des Senatsconsuls in Bezug nehmen und mutatis mutandis sagen können:

> cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, omne lucrum bonae fidei possessori aufertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione lucrum auferri.

Damit hatte man ja auch zugleich die passende Klage, nämlich die reivindicatio. Kann letztere nach Art der hereditatis petitio durch dolus praeteritus perpetuirt werden, warum nicht auch durch Bereicherung? Wenn die Jurisprudenz diese Erstreckung im letzteren Falle ablehnte, so kann das nur den materiellen Grund gehabt haben, daß sie die Bereicherung des Singularbesitzers aus der Sache mit anderen
S. 263. Augen ansah als die des Universalbesitzers, und ich hoffe, unten den Grund dafür angeben zn können.

Daß die römischen Juristen, nachdem einmal der Grundsatz der Haftung des vermeintlichen Erben auf Herausgabe der Bereicherung durch jenes Senatsconsult für die her. pet. aufgestellt worden war, sich auch der Möglichkeit einer auf denselben Zweck wie letztere gerichteten condictio sine causa bewußt geworden sind, ergibt sich aus l. 3 § 2 de transact. (2. 15). In dem Fall dieser Stelle hatte ein Nichterbe, der

sich als Erbe gerirte, mit einem erbschaftlichen Schuldner einen XVI. Jahrg. Bd. XVI. Vergleich abgeschlossen und in Folge dessen von ihm eine Abfindungssumme erhalten, und der Jurist wirft hier die Frage auf, ob der Erbe sie „quasi sub praetextu hereditatis acceptam condictione repetere possit? Er verneint zwar diese Frage, aber der Umstand, daß er sie überhaupt aufwirft, zeigt, daß ihm der Gedanke, die Bereicherung aus der Erbschaft statt mit der her. pet. auch mit der cond. sine causa beizutreiben, als ein juristisch möglicher erschien. Wie wenig aber der Schluß von den Grundsätzen über die Bereicherung aus der Erbschaft auf die aus einer einzelnen Sache verstattet ist, dafür wird es genügen, auf die Aeußerung von Paulus in l. 21 de her. vend. (18. 4): sed hoc in re singulari non potest credi Bezug zu nehmen [30]).

Ich wende mich der zweiten Behauptung von Windscheid zu.

2. Das Verzehren von Früchten enthält keine Bereicherung.

Ich lasse die Frage nach dem Warum? zunächst dahin gestellt, es genügt mir hier zu constatiren, daß diese Behaup- S. 264. tung dem römischen Recht nicht entspricht. Bei allen Condictionen, welche auf Rückgabe der Bereicherung gerichtet sind, müssen auch die Früchte mit herausgegeben werden, einerlei, ob sie noch existiren oder bereits consumirt sind; so bei der cond. ob causam datorum [31]), der condictio indebiti [32]), ebenso bei allen auf restituere gerichteten Klagen [33]).

30) Der weiteren Ausführung dieses für die Bereicherungsklage höchst einflußreichen Gegensatzes glaube ich mich mit Bezugnahme auf meine oben citirten Abh. aus dem R. R. S. 31 fl. und S. 74, 77 enthalten zu können.

31) l. 38 § 1 § 3 de usur. (22. 1) l. 7 § 1, l. 12 de cond. c. d. (12. 4).

32) l. 38 § 2 de usur. (22. 1) l. 15 pr., l. 65 § 5 de cond. ind. (12. 6).

33) l. 38 § 4 cit.: verbum restituas, quod in hac re Praetor

XVI. Jahrg. Bd. XVI. Zur Klasse der letzteren gehört auch die reivindicatio, und der b. f. p. hat bekanntlich die fructus exstantes zu restituiren, trotzdem daß er an ihnen bereits das Eigenthum erworben hatte, nur für die fructus consumti braucht er keinen Ersatz zu leisten. Etwa weil er durch sie nicht bereichert ist? Aber wenn er seinerseits einen Anspruch wegen der Impensen erhebt, muß er sie sich anrechnen lassen[34]), folglich muß er doch durch sie bereichert sein. Nicht also die Bereicherung des b. f. p. durch die consumirten Früchte, sondern lediglich die Haftpflicht zur Herausgabe derselben ist es, welche das römische Recht verneint. Es verhält sich damit eben so, wie mit der Beicherung durch die Früchte der von dem einen Ehegatten dem andern geschenkten Sache; die Bereicherung erkennt das römische Recht an, die Verpflichtung zur Herausgabe derselben schließt es aus[35]).
S. 265. Bei der hereditatis petitio dagegen muß der Besitzer sich auch die consumirten Früchte anrechnen lassen[36]), der m. f. p. zum ganzen Betrage, der b. f. p., soweit er durch sie bereichert ist.

---

dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur, l. 27 § 1 de minor. (4. 4) . . fructus, quibus locupletior factus est, recipiat . . praedia cum fructibus restituere. l. 16 Cod. de evict. (8. 45).

34) l. 48 de R. V. (6. 1). Ebenso in l. 1 § 4 de pign. (20. 1) und l. 42 § 2 sol. matr. (24. 3).

35) l. 17 de don. i. V. (24. 1) . . ex fructibus locupletata sit, fructus quoque ut usuras licitam habere donationem. Nicht entgegen l. 8 Cod. ibid. (5. 16), wo es sich um die Früchte des Dotalgrundstückes handelt, die der Mann der Frau zu ziehen überlassen hatte, die Möglichkeit einer Bereicherung durch Consumtion der Früchte aber ebenfalls anerkannt wird: si fructus . . . uxor tua consumsit . . . sin ex his locupletior facta est.

36) l. 20 § 3, l. 25 § 20 de her. pet. (5. 3).

3. **Die Meinung des römischen Rechts ist offenbar die, daß die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte nicht die Aufspeicherung, sondern der Gebrauch ist, daß, wer mehr an Früchten zieht, auch mehr gebrauchen wird.** XVI. Jahrg. Bd. XVI.

Dagegen habe ich dreierlei einzuwenden.

Erstens bestreite ich jene angebliche Auffassung des römischen Rechts, und ich hätte gewünscht, daß Windscheid, da er sie nicht als eine bloße Vermuthung seinerseits, sondern als „offenbare" anführt, den Grund angegeben hätte, worauf er seine Behauptung stützt. Ich kenne keinen; denn das Recht des b. f. p. an den Früchten, das er durch sie zu erklären gedenkt, kann doch nicht selber wiederum zum Beweise derselben benutzt werden, das wäre ein Zirkel. Nach meinem Dafürhalten hat das römische Recht jene Auffassung nicht bloß nicht gehabt, sondern sie gar nicht haben können.

Die Früchte sollen nicht dazu da sein, daß sie „aufgespeichert" werden? Jedes Kornmagazin lehrt das Gegentheil. Sind die Jungen der Thiere dazu da, daß sie „gebraucht" werden? Dann würde es ja gar keinen Nachwuchs bei den Thieren geben. Die Kälber und Lämmer werden doch nicht bloß geschlachtet, sondern auch aufgezogen. Und selbst die Wolle der Thiere wird von dem, der sie zieht, nicht immer consumirt, sondern verkauft, und das ist eine Verwendungsart, welche die Früchte mit allen sonstigen Sachen theilen.

Zweitens. Der obige Gesichtspunkt ist aber nicht S. 266.
bloß zu eng, indem er die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte keineswegs erschöpft, sondern er ist auch zu weit, indem er mehr umfaßt, als er umfassen soll, denn er trifft nicht bloß für die Früchte, sondern für alle Consumtibilien zu, ja für letztere in erhöhtem Maße, denn die Feldfrüchte kann der Besitzer auch säen, das Jungvieh aufziehen, statt zu consumiren, das fremde Bier, Oel, Wein, Brod, Fleisch, Brennmaterial, Geld kann er nur consumiren. Wenn bei irgend

XVI. Jahrg. Bd. XVI. einer Kategorie von Sachen die Windscheid'sche Behauptung von einer ökonomischen Bestimmung derselben zum Zweck des Gebrauchs im Gegensatz zu dem der Aufspeicherung Platz greifen könnte, (was ich meinerseits bestreite, da die gegenwärtige Aufspeicherung den demnächstigen Gebrauch nicht ausschließt), so müßte es bei den Consumtibilien sein, der gutgläubige Besitzer müßte mithin bei ihnen im Fall der Consumtion von der Ersatzpflicht frei sein, was mit der Windscheid'schen Bereicherungstheorie in Widerspruch steht.

Drittens. Aber angenommen, der Gesichtspunkt wäre für die Früchte wahr und erstreckte sich über sie nicht hinaus, so verstehe ich nicht, wie er die Römer habe bestimmen sollen, den gutgläubigen Besitzer von der Verpflichtung zum Ersatz der Bereicherung frei zu sprechen. Was verschlägt es für den Eigenthümer, ob der Besitzer die Sache bestimmungsgemäß oder bestimmungswidrig für seinen Nutzen verwandt hat. Ja, ich meine, im ersten Fall würde er erst recht die Bereicherung verlangen können, er würde dem Besitzer, der ihm einwendete: ich habe die Sache bestimmungsgemäß gebraucht, erwidern können: eben darum haftest Du, denn Dir hat die Sache den Dienst geleistet, dessentwegen sie da ist, der ihr ihren Werth verleiht. Dann müßte auch der Besitzer, welcher den fremden Obstbaum in sein Grundstück gepflanzt, der Maler, S. 267. welcher die Tafel bemalt, der Hauseigenthümer, welcher die fremden Tapeten an seine Wand geklebt hat, von der Ersatzpflicht frei werden, denn sie alle haben die Sache bestimmungsgemäß verwandt.

Windscheid fügt sodann noch einen andern Grund hinzu: „wer mehr an Früchten zieht, wird auch mehr gebrauchen". Es ist mir unklar, was er sich dabei gedacht hat. Worauf bezieht sich das „mehr"? Heißt es: wer mehr fruchttragende Sachen besitzt, als ein Anderer, wird auch mehr Früchte verbrauchen als letzterer? oder: wer eine fremde fruchttragende Sache besitzt, wird mehr Früchte gebrauchen, als er

es sonst d. h. wenn sie ihm zum Eigenthum gehörte, oder als wenn er sie gar nicht besäße, thun würde? In beiden Richtungen ist die Behauptung unrichtig. In der ersten — denn von den Früchten, die der Bauer oder Gärtner zieht, kommt vielleicht das Wenigste auf seinen Tisch, das Meiste auf den Tisch des Städters, der sie nicht selber zieht. In der zweiten — denn der Umstand, daß das Grundstück, von dem der gutgläubige Besitzer die Früchte zieht, ihm nicht gehört, kann für ihn gar keinen Grund abgeben, von denselben mehr zu gebrauchen, als wenn er Eigenthümer wäre, da er ja von diesem Umstande nichts weiß. Die Behauptung aber, daß er, weil er die fruchttragende Sache besitzt, mehr an Früchten gebrauchen wird, als er es thun würde, wenn er die Früchte kaufen müßte, ist in dieser Allgemeinheit gewiß nicht richtig; ist der Besitzer arm, so gebraucht er nicht mehr, als er schlechterdings nöthig hat, ist er reich, so gebraucht er mehr, aber nicht weil er die fruchttragende Sache besitzt, sondern weil er reich ist d. h. aus Gründen, die mit jenem Umstande nichts zu schaffen haben. XVI. Jahrg. Bd. XVI.

Dem Bisherigen nach kann ich den Versuch Windscheid's den Satz des römischen Rechts, daß der gutgläubige Besitzer die consumirten Früchte lucrire, aus der eigenthümlichen ökonomischen Bestimmung derselben zu erklären, nicht S. 268.
für gelungen erachten.

Nun will ich zwar keineswegs in Abrede nehmen, daß nicht die Römer, auch wenn sie den Anspruch wegen Consumtion der Früchte versagen zu sollen glaubten, dennoch in Bezug auf die Consumtion der Hauptsache das Entgegengesetzte hätten bestimmen können, allein da unsere Quellen meines Wissens nicht den geringsten Anhalt dafür darbieten, daß sie dies wirklich gethan haben, wohl aber, wie oben nachgewiesen, umgekehrt verschiedene Gründe vorliegen, welche diese Annahme höchst unwahrscheinlich erscheinen lassen, so sehe ich keinen Grund ein, warum wir uns den Anhaltspunkt,

XVI. Jahrg. Bd. XVI. welchen uns die Entscheidung der Frage in Bezug auf die Consumtion des Geldes und der Früchte darbietet, entgehen lassen sollten. Thatsache ist, daß die Römer bei dem gegebenen fremden Gelde dem Eigenthümer, der dasselbe vor der Consumtion durch den gutgläubigen Empfänger hätte vindiciren können, nach der Consumtion den Anspruch versagen, Thatsache, daß sie bei den Früchten, die, so lange sie existirten, bei Gelegenheit der reivindicatio der Hauptsache hätten beansprucht werden können, den Anspruch, der bisher bestand, mit der Consumtion untergehen lassen, daß sie also nicht der Ansicht waren, als müsse der Anspruch die Sache selber überleben und, wenn er in der einen Form beseitigt sei, in einer andern wieder aufleben. Und doch bot sich in dem letztgenannten Verhältniß processualisch die bequemste Gelegenheit für die Forterhaltung des Anspruchs dar, da die reivindicatio in Bezug auf die Hauptsache ja noch fortdauerte und, wie sie sich auch auf die fructus exstantes erstreckte, so auch auf die fructus consumti hätte ausgedehnt werden können, während es bei der Consumtion der Hauptsache einer besonderen Klage bedurfte. Wenn dies nicht geschehen ist, wenn das römische Recht die Klage auf die consumirten Früchte ausdrücklich *ver-*
S. 269. *sagt* und eine Bereicherungsklage wegen der consumirten Hauptsache nirgends *erwähnt* haben, welche andere Antwort bleibt uns übrig als die, welche mich von der Theorie von *Windscheid* trennt: nach Ansicht der Römer macht die Consumtion der Sache durch den gutgläubigen Besitzer dem Recht des Eigenthümers und dem Streit ein Ende?

Wie wenig die Römer geneigt gewesen sind, den Gedanken des Eigenthums bis in seine äußersten Consequenzen zu verfolgen, dafür gibt das Recht des gutgläubigen Besitzers an den Früchten noch einen andern Beleg: mit der Vindication der Hauptsache ist auch der Anspruch wegen der fructus exstantes erloschen. Zwar lehrt *Windscheid* (Pandekten § 186) auch in dieser Beziehung das Gegentheil, nach seiner

Ansicht können dieselben nicht bloß von dem ursprünglichen, XVI. Jahrg. Bd. XVI.
sondern selbst von dem spätern Besitzer vindicirt werden. Ich meinerseits halte diese Ansicht nicht mit den Quellen für verträglich[37]), und kann den Grund, der *Windscheid* veranlaßt hat sich zu ihr zu bekennen, nur in derselben Auffassung erblicken, die ich hier genöthigt bin zu bekämpfen, als müsse das Recht den Eigenthumsschutz bis in seine äußersten Consequenzen verfolgen. Von diesem Standpunkt aus betrachtet ist es vollkommen folgerichtig, daß der einmal anerkannte Anspruch des Eigenthümers an den fructus exstantes auch so lange fortdauern muß, als letztere existiren. Aber das ist eben nicht der Standpunkt des römischen Rechts. Wäre er es gewesen, so hätte dasselbe den Anspruch wegen der Verzugszinsen nicht mit dem Hauptanspruch untergehen, den wegen rückständiger Conventionalzinsen nicht mit der Hauptschuld verjähren lassen dürfen, denn was relevirt vom rein logischen Standpunkt der Untergang des Hauptanspruches für den des Nebenanspruches? Mag ersterer untergehen, letzterer dauert fort! Wer einmal den Anspruch auf die Früchte, Verzugs- S. 270.
zinsen, conventionellen Zinsen anerkannt hat, der hat sich damit selber die Hände gebunden. Der Logiker mag Recht haben, aber das römische Recht ist einmal so verstockt sich an ihn nicht zu kehren, es hält es für praktischer, den Anspruch auf die Nebensache in der Form des *Nebenanspruchs* zu bringen und ihn mit dem Hauptanspruch untergehen zu lassen — gegen den gutgläubigen Besitzer der Hauptsache gibt es nach Untergang derselben wegen der Früchte keine Klage, ebenso wenig gegen denjenigen, der dieselben von ihm gekauft hat, es ist eben nur die reivindicatio der Hauptsache, mit der sie accessorisch beansprucht werden können. Ebenso wenig gibt es eine Klage wegen der Verzugszinsen nach Til-

37) Daß ich diese weittragende und hier nur gelegentlich berührte Frage an dieser Stelle nicht weiter behandle, wird nicht der Rechtfertigung bedürfen.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. gung der Hauptschuld, wegen der vertragsmäßigen Zinsen nach Verjährung der Hauptforderung.

Ein anderes Beispiel dieses sich über alle logischen Grundsätze hinwegsetzenden Eigenthums gewährt die beschränkte Form, in die das römische Recht den Anspruch des Besitzers bei der reivindicatio auf Ersatz der Impensen gebracht hat. Es ist bekanntlich die der exceptio doli. Der Logiker sagt: wenn einmal der Anspruch erkannt wird, warum bloß die Form der exceptio doli? Ist er einmal erkannt, so muß er auch in Form der Klage geltend gemacht werden können. Ein wunderliches Recht das römische! Auch hier versagt es die Klage, auch hier bringt es den Anspruch wiederum nur in die Form eines Nebenanspruchs bei der reivindicatio.

Einer derartigen Gestaltung des Rechts gegenüber bleibt uns nichts übrig als das bescheidene Eingeständniß, daß die Consequenz und Logik nicht allein berufen sind, das Recht zu machen, daß die Begriffe (d. h. die von uns gemachten) bei ihrem Bestreben in gerader Linie bis zu Ende fortzuschreiten, nicht selten Widerständen begegnen, welche sie nöthigen, sei es zur Seite auszuweichen oder gar ihren Lauf gänzlich einzu-
S. 271. stellen. Wäre es stets ein klar erkennbares praktisches Interesse, das in dieser Weise ihre Wege kreuzt, wir würden uns dem willig fügen, aber mitunter sind es auch Hindernisse, bei denen wir nur mit dem römischen Juristen in l. 20 de leg. (1. 3) ausrufen können: non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, vielleicht bloß Nachwirkungen, Rückstände einer früheren im übrigen überwundenen roheren Rechtsanschauung, die ebenfalls verschwinden sollten, die aber die Theorie einmal vorfindet und ihrerseits bestehen lassen muß, da sie nicht die Macht hat, sie zu beseitigen. Dieser letztere Gesichtspunkt trifft, wie mir scheint, gerade für unsere Frage zu. Bei der Verbindung gibt das römische Recht dem Eigenthümer schlechthin eine Klage auf Schadloshaltung, bei der Specification nur in einem einzigen

Fall, bei der Consumtion gar nicht — begrifflich völlig in- XVI. Jahrg. Bd. XVI.
consequent und praktisch nicht zu rechtfertigen. Was bleibt als Grund übrig? Ich finde keinen andern als die Verweisung auf die oben bereits erwähnte sinnliche Anschauungsweise des ältern Rechts. Bei der Accession ist die Sache noch äußerlich sichtbar vorhanden, nur verbunden mit der eines Andern, von der sie sich zur Noth wieder trennen ließe, aber aus Rücksichten, deren ich an anderer Stelle gedacht habe[38]), sieht das römische Recht mit gutem Grunde davon ab, spricht aber dafür dem Eigenthümer, der darauf pocht, daß seine Sache ja noch da sei, eine Entschädiguug zu. Bei der Specification ist die Sache als solche vernichtet, nur die Substanz dauert noch fort, bei der Consumtion ist auch letztere in vielen Fällen für die sinnliche Auffassung völlig vernichtet, von der Sache ist nichts mehr übrig, was der Eigenthümer als das Seinige bezeichnen könnte.

Ich habe im Bisherigen den Untergang der Sache behandelt, und mich dabei auf die Theorie der römischen Juristen beschränkt. Das Resultat besteht darin, daß dieselbe S. 272
die condictio sine causa in keinem der vielen Fälle, in denen sie nach der Windscheid'schen Theorie hätte zur Anwendung gelangen müssen, wirklich zur Anwendung gebracht hat. Aber eine Stelle gibt es allerdings im corpus juris, die Windscheid für seine Theorie einen gewissen Anhaltspunkt gewährt, und die ihm unbekannt geblieben zu sein scheint, da er sie nicht erwähnt. Es ist die l. 21 Cod. de sacros. eccl. (1. 2) von Justinian. Sie bestimmt, daß wenn die heiligen Tempelgeräthe verkauft und eingeschmolzen sind, der Kirche gegen den Besitzer schlechthin eine Klage zustehen soll. Der Passus lautet:

> Sin autem vel conflata sunt vel fuerint vel alio modo immutata vel dispersa, nihilominus vel ad ipsa cor-

38) „Zweck im Recht" Bd. 1 Leipzig 1877 S. 518 (Aufl. 2 S. 531).

XVI. Jahrg. Bd. XVI. pora vel ad ipsa pretia eorum exactionem competere sive per in rem sive per condictionem sive per in factum actionem, cujus tenor in multis et variis juris articulis saepe est admissus.

Also gerade das, was Windscheid behauptet: eine „condictio" für den Fall des Unterganges der Sache beim dritten Besitzer, und dürfte man den Relativsatz: cujus tenor . . . saepe est admissus auch auf sie beziehen, so wäre damit der Beweis erbracht, daß die Klage „in multis et variis juris articulis" Anwendung gefunden habe. Letzteres ist freilich dadurch ausgeschlossen, daß das Relativum im Singular steht, mithin nur auf die act. in factum bezogen werden kann, während, wenn der Relativsatz sich auch auf die condictio hätte beziehen sollen, der Plural hätte gebraucht werden müssen, und gerade die Beschränkung dieser Bemerkung über das vielfache Vorkommen der Klage im alten Recht auf die actio in factum — eine Behauptung, für die der Verlauf der Darstellung uns noch mehrere Belege bringen wird — gerade sie stellt durch den Gegensatz die allgemeine Anwend-
S. 273. barkeit der condictio in ein sehr bedenkliches Licht, ja schon daraus, daß Justinian es für nöthig findet, neben der condictio noch die actio in factum zu nennen und ihre juristische Zulässigkeit durch Bezugnahme auf das ältere Recht speziell zu begründen, dürfte sich ergeben, daß ihm die Frage von der Statthaftigkeit der condictio im vorliegenden Fall nicht über allem Zweifel erhaben war. Aber selbst das Gegentheil angenommen, so sind doch die Umstände, unter denen hier die letztere Klage auftritt, in einer Weise gestaltet, daß sie für die Windscheid'sche Theorie der condictio sine causa schwerlich einen hohen Werth beanspruchen dürfte. Sie tritt auf in Verbindung mit der reivindicatio und actio in factum, und zwar werden alle drei Klagen dem Wortlaut nach der Partei zur völlig freien Wahl vorgestellt. Als Voraussetzung, unter der diese Klagen Platz greifen sollen, werden

drei Fälle genannt: 1. si conflata sunt, 2. vel alio modo XVI. Jahrg. Bd. XVI.
immutata, 3. vel dispersa. Bei dem zweiten Ausdruck dürfte Justinian an den Fall der Anfertigung einer neuen Sache aus der eingeschmolzenen ursprünglichen gedacht haben, und in diesem wie in dem ersten Fall geht nach seiner bekannten Bestimmung in § 25 J. de R. D. (2. 1) das bisherige Eigenthum nicht unter, so daß hier also die Kirche die reivindicatio „ad ipsa corpora" hätte erheben können. Nur im dritten Fall, dem der gänzlichen sinnlichen Vernichtung der Sache war diese Klage, insofern der Besitzer nicht „dolo desiit possidere", ausgeschlossen, und hier war mithin nur die condictio oder actio in factum am Ort. Aber worauf ist dieselbe hier gerichtet? Keineswegs bloß auf die Bereicherung des Beklagten, sondern „ad pretia eorum", und da Justinian der Kirche schlechthin die Wahl gibt, ihren Anspruch „vel ad ipsa corpora vel ad ipsa pretia eorum" zu richten, so ist dies auch für die beiden ersten Fälle anzunehmen d. h. die Kirche kann, wenn sonst Justinian sich correct ausgedrückt hat, die Sache, wie sie jetzt ist, oder deren Werth in Anspruch S. 274.
nehmen, ohne daß der Besitzer seine Arbeit in Gegenrechnung stellen dürfte, und wenn sie vernichtet worden ist, den Werth, den die Sache in dem Moment hatte, also einen Betrag, der unter Umständen den der Bereicherung des Beklagten weit übersteigt.

Unser Resultat ist: es handelt sich dabei um ein positives, ganz exceptionelles Privilegium der Kirche, welches zwar unter den obigen Gesichtspunkt des obligatorischen Eigenthumsschutzes, nicht aber unter den eines Anspruchs auf Herausgabe der bloßen Bereicherung fällt.

IV. Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, der seine Sache usucapirt hat.

Meines Wissens ist noch von Niemandem die Behauptung aufgestellt worden, daß der frühere Eigenthümer den

XVI. Jahrg. Bd. XVI. jetzigen, der durch Usucapion der Sache an seine Stelle getreten ist, auf Bereicherung in Anspruch nehmen könne, man scheint sich dieser Consequenz der Bereicherungstheorie gar nicht bewußt geworden zu sein oder hat wenigstens Anstand genommen, die Consequenz bis zu diesem Punkt auszudehnen.

Daß man es hätte thun müssen, scheint mir ganz unbestreitbar.

Das Hauptargument, das man dagegen vorbringen könnte, besteht darin, daß das Recht sich selber widersprechen würde, wenn es dem Usucapienten das, was es ihm mit der einen Hand gibt, mit der andern wieder entziehen würde. Darauf antworte ich: wenn dies wahr ist, so gilt es eben so gut für den Fall der Accession, Specification, Consumtion als für den der Usucapion — die reivindicatio geht unter, die condictio sine causa entsteht. Es ist aber nicht wahr. Denn es ist kein Widerspruch, wenn das Recht dem B das S. 275. Eigenthum des A zuspricht und letzterem einen Anspruch auf Bereicherung vorbehält, jene Wirkung erstreckt sich auch auf Dritte und hat den Zweck, sie gegen die Gefahr, daß ihnen die Sache von dem früheren Eigenthümer abgestritten werde, zu sichern, diese dagegen beschränkt sich als persönliche Klage auf den ersten Erwerber des Eigenthums und legt ihm die Verpflichtung auf, den Eigenthümer für den Erwerb, den er auf dessen Kosten gemacht hat, schadlos zu halten. Darin liegt eben so wenig ein Widerspruch, als wenn das Recht bei der indebiti solutio das Eigenthum der gegebenen Geldstücke oder sonstiger Sachen auf den Empfänger übergehen läßt und gleichwohl dem Zahlenden die condictio indebiti gewährt. Man darf den Gegensatz, um den es sich dabei handelt, nicht so bezeichnen, wie Windscheid in seinem Lehrbuch (I § 188 Anm. 6) es thut, daß der Vorgang zwar formell, aber nicht materiell gerechtfertigt sei. Nicht Form und Inhalt stehen sich hier gegenüber, sondern Eigenthumsrecht und Obligationsrecht d. h. absolute und relative rechtliche Betrachtung

und Würdigung eines und desselben Vorganges. Von dem ersteren Standpunkt aus ist die absolute Wirkung, welche das Recht an den betreffenden Akt für dritte Personen knüpft, materiell d. h. durch Rücksichten des Verkehrs in den Augen des Rechts eben so gerechtfertigt, wie von dem des Obligationenrechts aus die relative zwischen den beiden Parteien, soweit das Recht nun einmal für gut gehalten hat, sie eintreten zu lassen. Der obligatorische Anspruch, den das Recht in derartigen Fällen dem frühern gegen den jetzigen Eigenthümer gewährt, ist der Preis, um den es im Interesse des Verkehrs sich über dessen Eigenthum hinwegsetzt — der Anspruch bleibt passiv bei dem ersten Erwerber zurück, die Sache selber geht frei aus seiner Hand in andere Hände über. XVI. Jahrg. Bd. XVI.

Dieselbe Gestalt hätte das römische Recht der Sache auch bei der Usucapion geben können, wenn es sonst der Ansicht gewesen wäre, daß die Bereicherung aus fremder Sache schlechthin zum Ersatz verpflichte: der gutgläubige Besitzer usucapirt, und dadurch sind alle seine Hintermänner gegen den bisherigen Eigenthümer gedeckt, aber er selber muß letzteren entschädigen. Diesen Weg hat das römische Recht in der That eingeschlagen bei dem Verkauf fremder Sachen durch den Fiscus und den Regenten, der Eigenthümer hat gegen den Käufer keine Klage, aber er bekommt Entschädigung vom Verkäufer; die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs wird hier ausdrücklich hervorgehoben[39]). Bei der Usucapion liegt die Sache nicht anders als bei der Accession, Specification, Consumtion, der bisherige Eigenthümer verliert, der neue gewinnt; soll einmal der Gewinn auf Kosten des Eigenthümers dem letzteren schlechthin einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gewähren, so muß dies dort eben so gut gelten wie hier. S. 276.

39) l. 3 Cod. de quadr. praes. (7. 37) omnes alienationes . . . sine omni inquietudine permanere . . . et nemo audeat eos, qui res accipiunt . . ., judiciis afficere; . . . sed adversus domos nostras habeant . . . actiones.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. Daß die Usucapion eine Bereicherung enthält, kann nicht Gegenstand des Zweifels sein. Die Quellen behandeln einen Fall, wo die usucapirte Sache in der That durch eine condictio zurückgefordert werden kann, es ist der der l. 13 pr. und l. 33 de m. c. don. (39. 6), wenn eine fremde Sache mortis causa geschenkt und von dem Beschenkten usucapirt worden ist. Aber die condictio wird hier nicht dem früheren Eigenthümer, sondern dem Schenker gegeben, und dies wird in der l. 33 damit motivirt:

Qui alienam rem mortis causa traditam usucapit, non ab eo videretur cepisse, cujus res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

Wären die Juristen der Ansicht gewesen, daß die Bereiche-
S. 277. rung durch Usucapion aus dem Vermögen des Eigenthümers erfolge, so hätten sie in diesem Fall ihm die condictio zusprechen müssen. Die Entscheidung, die sie hier treffen, erinnert an den obigen Fall der Consumtion fremden zum Darlehn gegebenen Geldes — nicht der Eigenthümer, sondern der Geber hat die condictio (sine causa, ex mutuo), und zwar wird als Grund angegeben: quod facto ejus intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse, l. 19 § 1 de R. Cr. (12. 1). Soweit es sich um sonstige Wirkungen des erfolgten Eigenthumsüberganges in der Person des Gebers handelt z. B. um Befreiung des Bürgen durch Leistung der Sache, Befreiung des Verkäufers von der Evictionsverbindlichkeit, werden sie ebenso beurtheilt, als ob von Anfang an die eigene Sache gegeben worden wäre.

l. 47 § 1 Mand. (17. 2) . . sed si stipulator eum hominem usuceperit, dicendum esse Julianus ait liberationem (ei, qui hominem dari fidejussit) contingere.

l. 54 pr. de evict. (21, 1) Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emtori teneri de evictione.

Uebrigens kennen unsere Quellen einen Fall der Usu-

capion, in dem es an den Voraussetzungen für die cond. sine causa nicht gefehlt hätte. Der Abwesende hat die Sache des Anwesenden usucapirt und verkauft, nach seiner Zurückkunft kann letzterer dagegen bekanntlich Restitution begehren. In der l. 30 § 1 ex q. c. maj. (4. 6) heißt es von diesem Fall: XVI. Jahrg. Bd. XVI.

restitutio facienda erit, et licet sine dolo afuerit et usuceperit, **lucro ejus occurri oportet.**

Es wird hier gesagt: 1. daß der Usucapient durch die Usucapion **bereichert** worden ist, 2. daß er die Bereicherung dem früheren Eigenthümer **herauszugeben** hat, 3. daß dies im Wege der **Restitution** geschehen soll. Wenn man nun bedenkt, daß die Restitution ein subsidiäres Rechtsmittel S. 278. ist, so ergibt sich daraus, daß nach Ansicht des Juristen die cond. sine causa nicht Platz griff, obschon doch die Voraussetzungen derselben vorhanden waren. Wäre sie nach der Theorie der römischen Juristen im Fall ungerechtfertigter Bereicherung schlechthin zuständig gewesen, so hätte der Jurist hier statt des normalen Rechtsmittels nicht das außerordentliche der restitutio in integrum geben dürfen; mit einer solchen Entscheidung eines römischen Juristen, der doch die Grundsätze von der rest. i. i. mindestens ebenso gut kannte wie wir, ist die **Windscheid**'sche Lehre von der condictio sine causa schlechterdings unverträglich.

Fasse ich nun das Gesammtresultat meiner bisherigen Ausführungen über den Fall der **unmittelbaren** Bereicherung aus fremder Sache (Nr. III und IV) zusammen, so ergibt sich, daß das römische Recht

1. in dem Fall der gutgläubigen **Consumtion** fremden Geldes und fremder Früchte dem Eigenthümer den Anspruch ausdrücklich **versagt**, in dem der Consumtion einer andern Sache sie ihm nirgends **gibt**,
2. im Fall der **Vermischung** fremden Geldes mit eigenem den Eigenthümer ebenfalls ohne Hülfe läßt, und nicht minder

XVI. Jahrg. Bd. XVI. 3. im Fall der Specification, mit alleiniger Ausnahme der Schenkung unter Ehegatten, und ebenso
4. im Fall der Usucapion, so daß demnach lediglich
5. der Fall der Accession übrig bleibt, für den dasselbe zwar im Prinzip die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung anerkennt, aber, so weit es den Anspruch nicht bloß in die Form der exc. doli verweist, nicht in Gestalt der condictio sine causa, sondern der act. in factum oder reivindicatio utilis.

So ist uns also die condictio sine causa auf unserem
S. 279. ganzen langen Wege noch gar nicht zu Gesicht gekommen. Werden wir im Folgenden glücklicher sein? Es wäre eine seltsame Verschiebung des natürlichen Verhältnisses! An der Stelle, wo wir den Gedanken, wenn er Gnade vor den Augen der Römer gefunden hätte, hätten antreffen müssen, bleibt er unsichtbar, um dann an einer Stelle aufzutauchen, wo sich seinem Auftreten die größten Hindernisse entgegenstellen!

V. Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer.

1. Theoretische Bedenklichkeit derselben.

Der angebliche Rechtssatz, den wir nach seiner Legitimation zu befragen haben, lautet: der frühere gutgläubige Besitzer der fremden Sache hat dem Eigenthümer, der durch Untergang oder Usucapion derselben außer Stand gesetzt ist, sie zu vindiciren, den für sie gelösten Kaufpreis als ungerechtfertigte Bereicherung nach den Grundsätzen über die condictio sine causa herauszugeben.

Auch wenn derselbe sich als rein positiver gäbe, würden wir nicht umhin können, neben seiner äußeren Beglaubigung durch die Quellen zugleich seinen inneren juristischen Charakter und seinen legislativen Werth in's Auge zu fassen; um so weniger aber werden wir ihm diese Prüfung ersparen können,

als er mit dem Anspruch auftritt, eine Consequenz allgemeiner XVI. Jahrg. Bd. XVI.
Grundsätze zu enthalten. Indem wir die Frage nach seiner äußeren Beglaubigung bis zuletzt (VII) aufschieben, wenden wir uns zunächst seinem innern juristischen Charakter zu, um dann (VI) seine praktische oder legislative Brauchbarkeit in's Auge zu fassen.

Also die erste Frage: enthält der Satz, so wie er lautet, in Wirklichkeit eine Consequenz der römischen Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung aus fremder Sache?

Ich nehme nicht Anstand, die Frage in der entschiedensten S. 280.
Weise zu verneinen, und ich glaube mich dafür auf das Zeugniß eines römischen Juristen beziehen zu können, welches meines Erachtens einen Zweifel gar nicht übrig läßt: es ist dies die von mir in meinen Abhandlungen (S. 31 fl.) ausführlich erörterte l. 21 de her. vend. (18. 4) von Paulus, in meinen Augen eine der meisterhaftesten juristischen Deductionen der ganzen Pandekten. Wunderbarerweise war von dieser Stelle, welche den Schlüssel zu der ganzen Lehre vom commodum enthält, für letztere bis auf meine Abhandlung gar kein Gebrauch gemacht worden, sie wird in den Compendien der damaligen Zeit[40]) bei der Frage gar nicht einmal erwähnt, und ich glaube mir das Verdienst aneignen zu können, sie für jene Lehre zuerst herangezogen und wissenschaftlich verwerthet zu haben; die seitdem erschienenen oder neu aufgelegten Lehrbücher[41]) haben ihr die gebürende Beachtung zu Theil werden lassen.

Die eingehende Erörterung, welche ich dieser Stelle an

---

40) Z. B. Thibaut, System des Pandektenrechts Aufl. 8 B. 2 § 480. Schweppe, das röm. Privatrecht Aufl. 4 B. 3 § 430, von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Aufl. 4 B. 2 § 201, Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts B. 2 § 225, Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht II § 496.

41) Puchta, § 272, Seuffert Aufl. 4 § 273, Arndts § 253, Windscheid II § 327 Anm. 7.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. jenem Ort habe angedeihen lassen, überhebt mich der Mühe, sie hier noch zum zweiten Mal ausführlich zu behandeln, und ich beschränke mich darauf das dort gewonnene Resultat, soweit es für die vorliegende Frage in Betracht kommt, herauszunehmen. Der Fall der Stelle ist folgender. Der Verkäufer, der die Sache noch nicht tradirt hat, verkauft und tradirt sie einem Zweiten gegen Zahlung des Kaufpreises, und bevor er dem Ersten gegenüber in Mora versetzt ist, geht
S. 281. die Sache beim zweiten Käufer unter. Paulus wirft die Frage auf, ob der erste Käufer, der, da der Verkäufer nicht in Mora versetzt worden war, die Gefahr zu tragen hatte, nicht wenigstens den dem Verkäufer vom zweiten Käufer gezahlten Kaufpreis verlangen könne, und er verneint diese Frage mit folgenden Worten:

> pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit quasi alii non vendidissem; tibi enim rem debebam, non actionem.

Von demselben Gesichtspunkt, den er hier ausspricht: tibi rem debebam, non actionem macht er dann noch Anwendung auf andere Fälle, und jedes Mal betont er dabei den Gegensatz zwischen res auf der einen und actiones oder pretium auf der andern Seite. Was der Verkäufer aus einem Grunde erhält, für den ihn selber die Verantwortlichkeit trifft, gebürt ihm, geht den Käufer nichts an: „nihil hoc ad emtorem pertinebit", für das Verhältniß beider Personen zueinander ist es ebenso, als ob jene Thatsache gar nicht eingetreten wäre: „sic fit, quasi alii non vendidissem." Daran ändert auch der spätere Untergang der Sache nicht das Mindeste: „mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci", ein Gewinn, der von Anfang an kein Gewinn aus der Sache war (non ex re . . . sed propter negotiationem perceptum"), wird es dadurch nicht, daß dieselbe später untergeht, der spätere Untergang kann den ursprünglichen juristischen

Charakter der der Vergangenheit angehörigen Thatsache nicht alteriren. XVI. Jahrg. Bd. XVI.

Wir haben hier nicht eine durch Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsrücksichten beeinflußte Entscheidung eines einzelnen Falles vor uns, sondern eine mit aller Schärfe und Bestimmtheit vorgetragene und consequent durchgeführte Theorie, ein Rechtsprinzip der römischen Jurisprudenz, und ich habe in meinen Abhandlungen den Nachweis geliefert, daß dasselbe auch von den übrigen römischen Juristen anerkannt und be- S. 282.
folgt worden ist. Zum richtigen Verständniß des obigen Ausspruchs von Paulus: pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur glaube ich folgende Bemerkung hinzufügen zu müssen.

Meines Erachtens würde man den wirklichen Sinn desselben nicht treffen, wenn man ihn etwa in folgender Weise wiedergeben wollte: der Kaufpreis setzt Abschluß eines Kaufcontracts voraus, er wird vermittelt durch ein Rechtsgeschäft, auf das aber hat der erste Käufer keinen Anspruch. Ich glaube vielmehr, daß der Jurist von folgender Erwägung ausgegangen ist: der Kaufpreis ist nicht eine bloß andere Form der Sache, sondern zu dem x, welches die Sache zum Verkauf stellt, hat, um den Kaufpreis zu erzielen, noch ein y hinzu kommen müssen, das der Käufer stellt, und dies y ist nicht der mühelose Abschluß des Kaufcontracts, sondern das, was vorausgesetzt wird, um den Käufer zu finden. Der Geschäftsmann erzielt bei dem Verkauf regelmäßig einen höheren Preis als ein Privatmann, und er muß ihn erzielen, wenn er bestehen und seine Geschäftsunkosten decken will. Die Differenz — wir wollen sie als d bezeichnen — ist für ihn kein unberechtigtes Plus über den Preis, den der Privatmann dafür zu lösen im Stande ist (p), sondern in diesem d steckt die Entschädigung für das y, das in seiner Person im Unterschiede von der des letzteren hinzukommt. Dies y besteht nicht bloß in den persönlichen Eigenschaften, die er als

XVI. Jahrg. Bd. XVI. Geschäftsmann vor letzterem voraus hat: seiner Waarenkunde, Geschäftskenntniß, Geschicklichkeit, sondern auch in den Geschäftsunkosten, die er aufwenden muß, um den richtigen Käufer d. h. denjenigen, der das Meiste gibt, zu finden: in dem Geschäftslokal, dem Laden, dem Schaufenster, das er zu bezahlen hat, um die Sache auszustellen, in den Insertionsgebüren, Druck von Katalogen, Preiskouranten u. s. w., in der
S. 283. zinslosen Aufbewahrung der Waare, bis der rechte Käufer sich gefunden hat. Von dem Preise, den er für die Sache gelöst hat, fällt nur p auf x, dagegen d auf y, und wer x von ihm hätte begehren können (im obigen Fall der erste Käufer, in unserm der frühere Eigenthümer), würde etwas verlangen, was ihm nicht zusteht, wenn er p + d in Anspruch nehmen wollte. Der Behauptung: x gehörte mir, setzt unser Verkäufer entgegen: aber y mir; der Behauptung: denselben Preis, den der Käufer Dir gezahlt hat, würde er auch mir gezahlt haben setzt er entgegen: wenn Du ihn gefunden hättest; darin eben besteht mein Geschäft ihn zu finden, der einzelne Band des größeren Werks, der in Deinem Besitz bloß Makulaturwerth gehabt hätte, da Du denjenigen, dem er fehlt, nie aufgefunden hättest, ist durch meine Geschäftsverbindungen und meine Antiquariatskataloge in die rechten Hände gekommen, für den alten Kupferstich, für den Du in der kleinen Stadt, in der Du lebst, nur wenige Mark gelöst hättest, weil dort Niemand existirt, der den Werth desselben zu beurtheilen versteht, habe ich das Zehnfache eingenommen, weil ich in der großen Stadt durch Ausstellung in meinem Laden, durch meine Personalkenntniß der Kupferstichsammler, durch meine Ankündigungen, kurz durch mein Geschäft die Möglichkeit besessen habe, den richtigen Käufer zu finden, „pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur" d. h. durch das Geschäft. Deine Forderung auf das, was ich aus x gewonnen d. h. gemacht habe, ist ebenso unbegründet, als wenn Du vom Schuster

die Stiefel verlangen wolltest, die er aus Deinem Leder gemacht hat, zu Deinem x ist in beiden Fällen y hinzugekommen, in diesem y steckt bei uns beiden das Geschäft. XVI. Jahrg. Bd. XVI.

Die bisherige Deduction hatte zwar nur den Geschäftsmann im Auge, dasselbe Verhältniß wie bei ihm **kann** aber auch bei dem gewöhnlichen Privatmann zutreffen, auch ihm kann es durch besondere Eigenschaften: durch Sachkenntniß, Personenkenntniß, Betriebsamkeit oder durch die Gunst beson- S. 284. derer Umstände gelungen sein, die Sache zu einem ungleich höheren Preise zu verkaufen, als sein Gegner es jemals vermocht hätte, auch für ihn kann die „negotiatio" nicht den Sinn eines bloßen Abschlusses eines Kaufvertrages, sondern den des erst durch besondere Anstrengung und Voraussetzungen ermöglichten Aufsuchens des richtigen Käufers haben, unter allen Umständen aber wäre es verkehrt gewesen, wenn die römische Jurisprudenz den erhaltenen Kaufpreis schlechthin als ein lucrum ex re hätte qualificiren wollen. Ob ihr, wenn sie sich dessen mit Recht enthielt, nicht noch eine andere Möglichkeit übrig geblieben wäre, als die, ihn **schlechthin** als lucrum propter negotiationem perceptum (oder, wie ich kürzer sage: ex persona d. h. durch besondere Voraussetzungen in der Person des Verkäufers vermittelten Gewinn) zu charakterisiren, dieser Frage können wir uns füglich überheben, da sie es einmal nicht gethan hat und, wie ich meine, auch ihre guten Gründe gehabt hat, es nicht zu thun.

Machen wir nun unsererseits von dem Grundsatz, den Paulus für das Verhältniß des Verkäufers zum ersten Käufer aufstellt, die Anwendung auf die Frage, welche uns hier beschäftigt, so kann es meinerseits nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß der Eigenthümer gegen den früheren gutgläubigen Besitzer seiner Sache keinen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises erheben kann, weder vor, noch nach Untergang derselben bei dem spätern Besitzer. Was von dem Fall des Paulus gilt, muß **umsomehr** von unserm gelten,

XVI. Jahrg. Bd. XVI. denn dort bestand zwischen den beiden Parteien ein obligatorisches Verhältniß, welches durch den zweiten Verkauf verletzt ward, hier stehen sich beide, so lange nicht die reivindicatio erhoben ist, völlig fremd gegenüber, und der gutgläubige Besitzer, welcher die Sache verkauft, verletzt dadurch weder eine
S. 285. Pflicht gegen den Eigenthümer, noch schädigt er dessen rechtliche Stellung, denn die reiv., die derselbe bisher gegen ihn hatte, geht jetzt gegen den neuen Besitzer.

Fragen wir uns: enthält der Kaufpreis, den er löst, eine Bereicherung aus der Sache des Eigenthümers? so lautet die Antwort: Nein denn „pretium hominis venditi *non ex re*, sed propter negotiationem percipitur." Würde der Kaufpreis, den er *erhält*, eine Bereicherung *aus* der Sache enthalten, so würde auch der Kaufpreis, den er *gegeben* hat, eine Verwendung *auf* die Sache in sich schließen und als solche vom Beklagten bei der Vindication in Anrechnung gebracht werden können.

Fragen wir weiter: enthält der Kaufpreis, wenn eine Bereicherung, so eine *ungerechtfertigte*, so lautet die Antwort ebenfalls wiederum: Nein! Denn der gutgläubige Besitzer begeht damit, daß er die Sache verkauft, ebensowenig ein Unrecht, als damit, daß er sie kauft; so wenig der Eigenthümer ihm aus dem einen einen Vorwurf machen kann, ebensowenig aus dem andern.

Aber angenommen, der Kaufpreis enthielte: 1. eine Bereicherung *aus der Sache* des Eigenthümers, und 2. eine *ungerechtfertigte*, so fehlt es gleichwohl noch an dem dritten Erforderniß der condictio sine causa: der Bereicherung *auf Kosten des Eigenthümers*. Denn der Eigenthümer büßt durch den Verkauf der Sache nicht das Mindeste ein — er behält, was er bisher hatte: seine reivindicatio, nur daß dieselbe statt wie bisher gegen den Verkäufer, so jetzt gegen den Käufer geht. Rechtlich hat sich in seiner Lage nicht das Mindeste verändert, denn für jene

Klage ist bekanntlich die Person des Besitzers gleichgültig, und XVI. Jahrg. Bd. XVI.
der Eigenthümer hat keinen Anspruch darauf, daß der gutgläubige Besitzer den Besitz beibehalte, sonst hätte man die Klage nicht bloß gegen denjenigen, qui *dolo* desiit possidere, sondern S. 286.
schlechthin gegen denjenigen geben müssen: qui *desiit* possidere.

Enthält nun der Verkauf *von Anfang* an keine Bereicherung auf Kosten des Eigenthümers, wie kann der *später* erfolgte Untergang der Sache oder die Usucapion derselben von Seiten des dritten Besitzers hinterher das ganze Verhältniß auf den Kopf stellen? Entweder die Bereicherung lag *damals* vor — dann bedarf es nicht erst des Verlustes des Eigenthums, sondern es muß dem Eigenthümer sofort die condictio gegeben werden; oder aber sie lag *nicht* vor — wie kann jene Thatsache daran etwas ändern? Nicht der frühere Verkauf, sondern der jetzige Untergang der Sache ist es, durch den der Eigenthümer leidet.

Ich komme zu dem Resultat, daß für die condictio sine causa gegen den früheren gutgläubigen Besitzer nicht weniger als *alle* Voraussetzungen derselben fehlen. Der Kaufpreis, den derselbe gewonnen hat, enthält

1. keine Bereicherung *aus der Sache* des Eigenthümers,
2. keine *ungerechtfertigte*,
3. keine *auf dessen Kosten*.

Windscheid selber hat den Grundsatz von Paulus anerkannt, daß im *obligatorischen* Verhältniß der Forderungsberechtigte gegen den Verpflichteten keinen Anspruch auf das „lucrum ex negotiatione perceptum“ habe (a. a. O. § 327 Anm. 7); es hätte ihm obgelegen, das Hinderniß, das dieser Grundsatz seiner Theorie entgegensetzt, und das mir bei meiner citirten Abhandlung eben den Grund abgab, die Entscheidungen der l. 23 de R. Cr. (12. 1) und l. ult. de neg. gest. (3. 5) als singuläre zu bezeichnen und auf einen ganz speziellen Fall zu beschränken, aus dem Wege zu räumen. Er hat dasselbe gar nicht einmal berührt.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. S. 287.

VI. Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer.

2. Practische Bedenken.

Wir denken uns das obige in der Theorie des Paulus gelegene juristische Hinderniß hinweg und lassen uns die Klage gefallen; untersuchen wir, wohin sie in der Anwendung führt.

Die dem A von B gestohlene und von diesem an den gutgläubigen C verkaufte Sache ist im Laufe der Zeit durch das ganze Alphabet bis zu Z hindurch- und bei ihm untergegangen. Hier ist Z gegen jede Klage des A gesichert, dagegen sind die Voraussetzungen der cond. sine causa nach der Windscheid'schen Theorie in der Person aller seiner Vorgänger begründet.

Kann A jeden derselben in Anspruch nehmen? Die Quellen versagen jede Antwort, und auch Windscheid äußert sich nicht. Muthmaßlich wird er mir antworten, daß diese Frage nach den Grundsätzen über die Solidarobligationen zu entscheiden sei, so daß also A, wenn er von dem Einen vollen Ersatz erhalten habe, gegen die Uebrigen keinen weiteren Anspruch erheben könne. Aber was heißt hier voller Ersatz? Bedeutet es den Werth der Sache, so braucht der Beklagte, der durch den Verkauf mehr als denselben gelöst hat, nicht die volle Bereicherung herauszugeben, worauf doch die cond. sine causa einmal gerichtet ist, sondern nur bis zum Werth der Sache. Welcher Zeitpunkt soll aber für die Bestimmung des letzteren zu Grunde gelegt werden: der Werth im Moment des Unterganges — im Moment des jedesmaligen Verkaufs — im Moment des ursprünglichen Abhandenkommens? Denken wir uns eine Sache von wechselndem Werth z. B. ein Sklavenkind, das zur Zeit als es entwandt wurde, einen Werth von 1x hatte, dann, als es heranwuchs, ein unge-
S. 288. wöhnliches künstlerisches Talent zeigte und in Folge dessen

in der Person des F bereits einen Kaufpreis von 5x erzielte, XVI. Jahrg. Bd. XVI.
der sodann auf Grund der ihm zu Theil werdenden Ausbildung bei G auf 10x, bei M bis zu 30x stieg, bis eine durch eintretende Altersschwäche oder sonstige Umstände veranlaßte Unfähigkeit seinen Kaufpreis bei U auf 10x, bei V auf 5x, bei W auf 2x verminderte, bis die Sache bei Z mit einem Werth von 1x unterging. Kann A von M den von ihm gelösten Kaufpreis von 30x verlangen? M wird ihm einwenden: Dir ist durch den Untergang bei Z, gegen den Du ohne denselben Deine reivind. hättest richten müssen, nur 1x verloren gegangen; A seinerseits wird erwidern: dies ist für Dich völlig gleichgültig, denn Du bist aus meiner Sache um 30x bereichert worden, es handelt sich für mich nicht um den Werth der Sache, sondern um Deine Bereicherung. Lassen wir aber den Werth der Sache als Maßstab dessen, was A begehren kann, völlig außer Acht, stellen wir dessen Anspruch vielmehr lediglich auf die Thatsache der Bereicherung in der Person des Beklagten, so ist nicht abzusehen, worin die Gränze gefunden werden soll, bis zu der sich der Bereicherungsanspruch erstreckt, und warum nicht der A sämmtliche frühere Besitzer sollte in Anspruch nehmen können.

Aber angenommen, das Maximum des Kaufpreises bilde die Grenze. Wenn A weiß, daß M es ist, der das Maximum erzielt hat, so wird er sofort ihn in Anspruch nehmen. Wie aber, wenn er zuerst blos von dem Verkauf des C zu 2x Kunde hatte und von ihm den Kaufpreis beitrieb und hinterher erfährt, daß D 4x erhalten hat? Nach den Grundsätzen, die das römische Recht bei den Solidarobligationen und dem s. g. Untergang der Klagen durch Concurrenz zur Anwendung bringt, kann der Berechtigte, soweit er mittelst der einen Klage seinen Zweck nicht vollständig erreicht hat, den Ueberschuß mit einer zweiten nachholen. Sollen diese Grundsätze für das vorliegende S. 289.
Verhältniß maßgebend sein, so wird sich daraus ergeben, daß A jeden der Besitzer von C an bis zu M in Anspruch nehmen

XVI. Jahrg. Bd. XVI. kann (blos auf den Ueberschuß des gegenwärtigen über den früheren Preis? oder auf den ganzen von ihm eingenommenen Preis?), bis er endlich das Maximum von 30x in Händen hat.

Auf alle diese Fragen müßte eine Gesetzgebung, welche die Windscheid'sche Theorie adoptiren wollte, Antwort geben, ihre Anwendung im wirklichen Leben würde sofort die eine oder andere dieser Fragen heraufbeschwören. Wäre die Klage den Römern bekannt gewesen, so hätten die römischen Juristen sich der Beantwortung dieser Fragen nicht entziehen können; es findet sich aber in den Quellen auch nicht die leiseste Spur davon — begreiflich, wenn die Bereicherungsklage auf den speziellen Fall beschränkt war, auf den ich sie beziehe, denn für ihn werfen sich alle diese Fragen gar nicht auf — unbegreiflich, wenn sie die Ausdehnung hatte, welche Windscheid ihr zuschreibt.

Ich fahre fort, mir die Klage in ihrer praktischen Anwendung zu vergegenwärtigen. Bekanntlich kann der gutgläubige Besitzer, wenn er mit der reivindicatio auf Herausgabe der Sache belangt wird, den Ersatz der impensae necessariae zum vollen Betrage, den der utiles zum gegenwärtigen Werth verlangen, während er für die voluptuariae das jus tollendi hat. Nach welchem Momente soll bei der condictio sine causa der gegenwärtige Werth der imp. utiles bemessen werden? Ist es der Moment, wo der C sie gemacht hat? Oder der, wo er die Sache verkauft hat? Oder der, wo sie untergegangen ist? Die Theorie der reivind. gibt uns darauf eine bestimmte Antwort, die Windscheid'sche Theorie der condictio sine causa läßt uns darauf ohne Auskunft. Am treffendsten würde es sein, wenn sie uns auf den
S. 290. Moment des Verkaufs verwiese. Der Nachweis der Impensen von Seiten des gutgläubigen Besitzers war bis auf Justinian bei der kurzen Dauer der reivindicatio regelmäßig (von dem Fall der Usucapionsunfähigkeit der Sache abgesehen) mit

keinen großen Schwierigkeiten verbunden, da die Usucapions- XVI. Jahrg. Bd. XVI.
zeit bei beweglichen Sachen nur ein Jahr, bei unbeweglichen nur zwei Jahre betrug. Im äußersten Fall erstreckte der Beweis des gutgläubigen Besitzers in Bezug auf die Impensen bei der beweglichen Sache (für die ja die Voraussetzung des demnächst erfolgenden Unterganges beim späteren Käufer allein in Betracht zu ziehen ist) sich über ein Jahr, und dazu gesellte sich die große Erleichterung, daß die Sache selber noch existirte, so daß also der Beweis sich ziemlich leicht erbringen ließ.

Nun vergegenwärtige man sich diesen Beweis bei der condictio sine causa und beachte dabei 1) daß sie nach Untergang der Sache angestellt werden kann, und 2) daß sie erst in dreißig Jahren verjährt — zur Zeit der römischen Juristen war sie sogar unverjährbar. Nach Windscheid braucht der Kläger nichts als den Betrag des Kaufpreises zu erweisen, da der ganze Kaufpreis als Bereicherung gelten soll, Sache des Beklagten ist es, den Beweis seiner Impensen zu erbringen. Man beachte, was dies unter diesen Umständen, wo die Sache selber nicht mehr existirt und vielleicht (wenn wir uns den Fall der Usucapionsunfähigkeit der Sache denken) bereits vor 29 Jahren aus dem Besitz des Beklagten gekommen ist, heißen will. Kläger muß nicht blos nachweisen, daß er die Impensen gemacht hat, sondern bei den necessariae, daß sie damals nothwendig waren, in Bezug auf die utiles, bis zu welchem Betrage sie in dem Zeitpunkt, den Windscheid dafür als maßgebenden zu Grunde legen will, den Werth der Sache erhöht haben. Man vergegenwärtige sich die Schwierigkeiten dieses Beweises, und man wird mir schwer- S. 291.
lich widersprechen, wenn ich behaupte, daß der ehemalige gutgläubige Besitzer in den meisten Fällen nicht zu seinem Recht gelangen, d. h. dasjenige nicht ersetzt erhalten wird, was er bekommen haben würde, wenn A seiner Zeit die reivind. gegen ihn angestellt hätte. In dem Kaufpreis von 30x, den

XVI. Jahrg. Bd. XVI. er von seinem Käufer erhalten hat, stecken vielleicht 10x an eigenen Impensen; soweit er den Betrag nicht erweisen kann, fallen auch sie dem Kläger zu, unter dem Namen der Bereicherung entreißt derselbe ihm mithin etwas von dem Seinigen. Man sage nicht, dies sei einmal das unabwendliche Verhängniß bei der Beweislast, denn für das Recht ist ja die Frage eine offene, ob es das Schutzsystem des Eigenthums so gestalten soll, daß der Beklagte, nachdem er die Sache, die ihn überhaupt erst in eine rechtliche Beziehung zum Eigenthümer gebracht hat, gar nicht mehr besitzt, in Bezug auf den Beweis ungünstiger gestellt wird als vorher. Darin liegt eine vollständige Umkehr des natürlichen Verhältnisses, denn in erster Linie ist der Eigenthumsschutz auf die reivindicatio gestellt, die condictio sine causa tritt erst ergänzend an zweiter Stelle auf.

Am verletzendsten stellt sich das Verhältniß der letztern Klage zu der ersteren in Bezug auf die impensae voluptuariae. Rücksichtlich ihrer hat auch der gutgläubige Besitzer bei der reiv. nur das jus tollendi — was wird aus denselben bei der cond. sine causa, nachdem die Sache nicht blos aus seinem Besitz herausgekommen, sondern sogar untergegangen ist? Die Ausübung desselben ist jetzt unmöglich geworden, der Beklagte büßt also den Betrag, den er hätte retten können, wenn er mit der reiv. belangt worden wäre, ein, wenn er mit der cond. belangt wird — ein Resultat, über das ich kein Wort weiter zu verlieren brauche.

S. 292. Wann beginnt die condictio sine causa zu verjähren? Offenbar erst, wenn die Sache untergegangen ist, denn so sehr auch die Consequenz der Bereicherungstheorie, wie oben nachgewiesen, es mit sich bringen würde, dem Eigenthümer sofort die Klage auf den Kaufpreis zu gewähren, da derselbe ja einmal eine Bereicherung aus der Sache enthalten soll, so hat doch Windscheid die in der l. 23 de R. Cr. (12. 1) und l. ult. de neg. gest. (3. 5) betonte und für den spe-

ziellen Fall dieser Stellen völlig passende Voraussetzung des XVI. Jahrg. Bd. XVI.
Unterganges der Sache in seine Theorie mit hinübergenommen. Vorher ist mithin die actio nondum nata. Angenommen nun, die Sache ist dem Eigenthümer im Jahre 1800 gestohlen und vom Diebe dem B und von diesem dem C verkauft, so könnte der Eigenthümer sie noch 1829 vom C vindiziren. Geht sie in diesem Jahre unter, so entsteht an Stelle der reivindicatio gegen C die condictio sine causa gegen B und diese dauert bis 1859 fort. Hier ist also der gutgläubige Besitzer der cond. gegenüber wiederum ungleich ungünstiger gestellt als gegenüber der reivindicatio; von letzterer wird er im ungünstigsten Fall nach 30 Jahren frei, von ersterer unter derselben Voraussetzung erst nach 60 Jahren.

Was macht nun der Besitzer, nachdem ihm der Kaufpreis mittelst jener Klage abgestritten worden ist? Er nimmt, antwortet Windscheid, seinen Regreß gegen seinen Autor. Vom Standpunkt seiner Theorie selbstverständlich — ohne diese Annahme würde sie praktisch völlig undenkbar sein. Aber eine andere Frage ist, ob die römische Jurisprudenz den Evictionsanspruch auf diesen Fall ausgedehnt hat, und diese Frage muß ich verneinen.

Bei einer früheren Gelegenheit, wo ich die Windscheid'sche Theorie im Vorübergehen berührte, (Jahrb. XII, S. 316), hatte ich gegen sie folgenden Einwand erhoben. „Windscheid hat bei derselben nicht bedacht, daß der Besitzer S. 293.
keinen Regreß gegen seinen Autor haben würde, da der Regreß die Eviction der Sache zu seiner Voraussetzung hat, nirgends aber jene condictio, die ja im praktischen Resultat der Eviction gleich käme (Preis statt der Sache), als genügende Voraussetzung der Evictionsklage, beziehungsweise als Rechtfertigungsgrund der litis denunciatio genannt wird. Jener Windscheid'sche Satz würde eine völlige Schutzlosigkeit des b. f. p. nach geschehener Veräußerung oder Verjährung, also eine völlige Unsicherheit des Eigenthumsverkehrs zur Folge haben".

XVI. Jahrg. Bd. XVI. Windscheid antwortet mir darauf (S. 39 der Abh.) „daß es nicht schwer sei zu zeigen, daß nicht er es sei, der hier etwas nicht bedacht habe". Das, was ich nicht bedacht haben soll, besteht darin, daß die Römer, die act. emti nicht blos „im Fall der Eviction" geben, sondern auch da, „wo dem Käufer etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn ihm das volle Recht an der Sache verschafft worden wäre", was er durch einige bekannte Beispiele illustrirt, z. B. den Fall, wenn der Käufer den Eigenthümer beerbt, den gekauften Sklaven freiläßt u. a. m. Er schließt mit der Bemerkung, „daß er nicht wisse, ob man nach diesen Entscheidungen noch ein formelles Zeugniß für die Zulässigkeit der act. emti in dem Falle werde verlangen wollen, wo dem Käufer zwar nicht die gekaufte Sache, aber der dafür erlangte Kaufpreis entzogen werde".

Ich glaube nicht, daß ich nöthig habe, mich gegen die Unterstellung zu sichern, etwas nicht gewußt oder beachtet zu haben, was kein Lehrer des Rechts umhin kann seinen Zuhörern bei der Lehre von der Eviktion vorzutragen, und was jeder tüchtige Student aus der Pandektenvorlesung mit nach Hause nehmen muß. Die Statthaftigkeit der actio emti in
S. 294. jenen Fällen, auf welche Windscheid mich verweist, und welche sich noch durch manche andere vermehren ließen, hat mit dem Einwande, den ich ihm entgegensetzte, gar nichts zu schaffen. Es ist nicht der bloße Mangel eines „formellen Zeugnisses", auf den hin ich die Möglichkeit des Regreßanspruches bei der condictio sine causa in Abrede nehme, sondern es ist die prinzipielle Gestaltung der ganzen Evictionslehre, wie sie sich nun einmal bei den Römern historisch entwickelt und bis zuletzt behauptet hat. Ich bin zu dem Zweck genöthigt, etwas näher auf die Sache einzugehen.

Indem ich von der Evictionsklage des ältesten Rechts: der act. autoritatis absehe, fasse ich lediglich die beiden jüngern Formen des Evictionsanspruches: die Klage aus der

stipulatio duplae und die act. emti ins Auge. Ich glaube mich nicht zu irren, wenn ich als die unerläßliche Voraussetzung der ersteren Klage das „evincere“, d. h. die Abstreitung der Sache im Wege des Processes, die evictio im technischen Sinn[42]) und die vorher erfolgte Streitankündigung (litis denunciatio) bezeichne, während die actio emti an diese Voraussetzung der processualischen Abstreitung nicht gebunden war, vielmehr außer diesem Fall der Eviction im technischen Sinn auch noch den der außerprocessualischen Einbuße der Sache, wie man mir verstatten möge ihn zu bezeichnen, dem die obigen von Windscheid in Bezug genommenen Beispiele angehören, mit umfaßte. Wie die wissenschaftliche Ausbildung des Evictionsanspruchs nach der letzteren Richtung der actio emti angehört, so die in der ersten Richtung der stipulatio duplae — eine Behauptung, über welche eine aufmerksame Lectüre der beiden Titel de actionibus emti (19. 1) und de evictionibus (21. 2) Niemanden im Zweifel lassen kann. Die gangbaren Formulare der stipulatio duplae sind uns leider nicht erhalten, aber aus einer Reihe von Quellenäußerungen können wir nicht blos entnehmen, daß sie mit großer Genauigkeit und Umständlichkeit abgefaßt waren, sondern wir können mit Hilfe derselben auch die wesentlichen Punkte, die gerade für die vorliegende Frage den Ausschlag geben, feststellen. Das sind außer der poena dupli, die uns hier nicht interessirt: 1) das Versprechen des „habere licere“, 2) die Namhaftmachung der gerichtlichen Abstreitung, 3) die Verpflichtung zur litis denunciatio.

XVI. Jahrg. Bd. XVI.

S. 295.

Wer nun die geschäftliche Vorsicht der Römer und die Sorgfalt, mit der sie ihre Cautionen abfaßten, nur von weitem

42) arg. l. 9 de evict. (21. 2). Si vendideris mihi servum Titii, deinde Titius me heredem reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci, sed in ex emto. actione decurrendum est.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. kennt, wird nicht im Zweifel darüber sein, daß sie, wenn sie die Windscheid'sche condictio sine causa auf Bereicherung, (ich will sie im Gegensatz der Eviction der Sache die Eviction des Kaufpreises nennen) im Leben zu fürchten gehabt hätten, sicherlich nicht unterlassen haben würden, sich gegen diese Gefahr, die ja in ihrem Resultat der Eviction der Sache selber völlig gleichgekommen wäre, durch einen Zusatz in der Formel ganz so sicher zu stellen wie gegen die der Verpfändung[43]). Das gänzliche Schweigen der stipulatio duplae über diesen Punkt wird ihm nicht als der zufällige Mangel eines „formellen Zeugnisses" in unsern Quellen, sondern als der unwidersprechliche Beweis gelten, daß jene Gefahr für die Römer gar nicht existirte. Bei keinem der drei genannten wesentlichen Punkte der Klage aus der stipulatio duplae
S. 296. wird auf diese Eventualität einer zu fürchtenden Eviction des Kaufpreises durch die cond. sine causa Bezug genommen.

1. Nicht bei dem „habere licere". Die Verpflichtung zur Leistung des habere licere war in der Stipulation offenbar nur gerichtet auf die gekaufte Sache. Nirgends, wo die römischen Juristen in den genannten beiden Titeln diese Verpflichtung behandeln, sprechen sie von einer Prästation des habere licere in Bezug auf den gelösten Kaufpreis, sondern stets nur in Bezug auf die Sache[44]). Wenn in l. 21

43) Ueber den letzteren Fall s. l. 22 Cod. de evict. (8. 45) stipulationem de indemnitate ipsius conceptio commissam manifeste declarat.

44) l. 21 § 1 de evict. (21. 2) . . duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem. l. 57 pr. ibid. Habere licere rem . . . ante ablatam vel abductam rem l. 70 ib. Evicta re ex emto actio . . . competit. l. 11 § 18 de act. emt. (19. 1) . . habere licere vendidit . . proinde si evicta res erit. Der reale Erfolg der Eviction, so weit der Beklagte es nicht etwa zur litis aestimatio hat kommen lassen, besteht in dem auferre oder abducere rem, l. 57 pr. cit. § 1 ib. si antequam abduceret vel auferret, l. 67 ibid. . . post evictionem servi, quem dominus abduxit.

§ 2 de evict. (21. 2) der Gegensatz gemacht wird: cum neque XVI. Jahrg. Bd. XVI.
corpus neque pecunia emtori absit, so ergibt der Verlauf der Stelle, daß hier nicht an eine Eviction des Kaufpreises, sondern an die Zahlung der litis aestimatio im Evictionsproceß über die Sache zu denken ist.

Wenn ich nun behaupte: daraus, daß die Stipulation nur der Eviction der Sache gedenkt, und daß auch die Juristen sich bei Behandlung derselben nur auf diesen Fall beschränken, ergibt sich mit voller Sicherheit, daß die Römer die Eviction des Kaufpreises gar nicht für möglich gehalten haben, weil sie sonst bei der Fassung der Stipulation auch auf diesen zweiten Fall Bedacht genommen haben würden, so glaube ich dagegen den Einwand nicht besorgen zu sollen, daß die Haftung für die Sache sich auch auf den Preis erstreckt habe. Der Einwand könnte nur aus dem Munde eines völlig Unkundigen kommen. Bei der stipulatio duplae S. 297.
ging es nach den Worten; was nicht gesagt war, galt nicht. Darum hielten die Juristen es sogar für nöthig, die Parteien daran zu erinnern, die Verpflichtung des habere licere nicht bloß auf die Sache schlechthin, sondern auch auf den Theil zu stellen:

> l. 56 § 2 ib. In stipulatione duplae, cum homo venditur, partis adjectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus, cum pars ejus evicta est.

Wenn „Sache" nicht einmal den „Theil" derselben in sich begriff, um wie viel weniger den für sie gelösten Kaufpreis.

Auch den Einwand glaube ich kaum besorgen zu sollen, daß es der Bezugnahme auf den Fall der Eviction des Kaufpreises in der Stipulation aus dem Grunde nicht bedurft habe, weil dem Käufer die act. emti zu Gebote stand. Denn dieselbe Klage stand ihm auch für den Fall der Eviction der Sache zu. Wenn man sich aber auf den letzteren Fall mit dieser (auf das Einfache gerichteten) Klage nicht begnügte,

XVI. Jahrg. Bd. XVI. sondern mittelst jener Stipulation das duplum ausbedang, warum nicht ebenfalls für den der Eviction des Kaufpreises, wenn derselbe sonst zu besorgen gewesen wäre? Auf ein paar Worte mehr in der Formel wird es doch den Römern nicht angekommen sein! Oder hätte etwa die Fassung Schwierigkeiten gemacht, oder hätten etwa die Juristen daran Anstoß genommen, den Begriff der Eviction auf Geld auszudehnen? In der l. 18 § 10 und l. 21 de jure fisci (49. 14) wird derselbe Ausdruck, mit dem, wie oben angegeben, die Eviction der Sache bezeichnet wird: auferre rem auch auf das Geld angewandt: auferre pecuniam, und wenn auch die Juristen gegen eine solche Ausdehnung des Evictions**begriffs** Protest eingelegt hätten, man konnte ja eine **Fassung** wählen, der ein derartiges Bedenken nicht entgegenstand.

Mein Resultat ist: wenn die Römer auf die Möglichkeit einer Eviction des Kaufpreises in ihrer stipulatio duplae
S. 298. nicht Bezug nahmen, so kann der Grund davon nur darin erblickt werden, daß sie diese Gefahr praktisch gar nicht zu besorgen hatten.

Den zweiten wesentlichen Bestandtheil der stipulatio duplae bildete

2. die Erwähnung der **processualischen** Abstreitung der Sache.

Dies ergibt sich aus einer Reihe von Stellen z. B.

l. 24 ibid. quoniam quidem etiamsi verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit, **judicio** eum evictum esse. Ex emto tamen . . . habet actionem.

l. 16 § 1 ibid. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est **petitori** vel damnatus est litis aestimatione vel possessor ab emtore **conventus** absolutus est.

In den betreffenden Titeln werden nun sämmtliche Kla-

gen, welche zur Eviction führen können, aufgezählt und nicht XVI. Jahrg. Bd. XVI.
bloß aufgezählt, sondern kasuistisch bis in's Detail verfolgt, indem nicht nur unterschieden wird, ob der Käufer bei ihnen als Kläger oder Beklagter auftritt (l. 16 § 1 cit., l. 29 § 1 ibid.), sondern auch, wenn in zweiter Eigenschaft, ob die Sache auf Grund des arbitrium de re restituenda von ihm restituirt wird, oder ob er es zur condemnatio kommen läßt und die litis aestimatio entrichtet (l. 16 § 1 cit.), ja in l. 57 pr. ib. wird sogar der höchst seltene Fall in Betracht gezogen, wenn der Vindicant nach gefälltem arbitrium

„ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi",

und für diesen Fall die Klage aus der Stipulation versagt, quia r e m habere ei licet, und in den Fällen der l. 39 pr. und l. 66 § 1 (restitutio in integrum und act. Publiciana S. 299.
rescissoria) unterläßt der Jurist nicht zu betonen, daß die Klage aus der Stipulation der Strenge nach nicht möglich sei und nur utiliter gegeben werden könne — sonstiger Zeugnisse für die Genauigkeit, mit der die Juristen die Evictionsklage behandeln, zu geschweigen.

Außer der reivindicatio, für welche die Anführung von Zeugnissen überflüssig ist, werden folgende Klagen genannt: die Publiciana (l. 39 § 1, l. 66 pr.) negatoria (l. 46 § 1) confessoria (ususfructus, l. 13 § 1, l. 49, Prädialservitut, l. 48, l. 75) hypothecaria (l. 34 § 2, l. 66 pr.) hereditatis petitio (l. 13 § 4, 8 de her. pet. 5. 3, l. 1 Cod. de evict. 8. 45) die act. communi dividundo (l. 34 § 1) das liberale judicium (l. 39 § 3, 4, l. 46 § 2, 3) selbst die restitutio in integrum des Minderjährigen (l. 39 pr.) und die act. Publiciana rescissoria (l. 16 § 1) — nur von der condictio sine causa auf den Kaufpreis ist nirgends die Rede! In l. 102 de V. O. (45, 1), wird „lis de p r o p r i e t a t e instituta" und das „cavere pro evictione" als

XVI. Jahrg. Bd. XVI. sich deckend betrachtet, in l. 35 de act. emt. (19. 1) wird dem Käufer, der ein angeblich servitutenfreies Grundstück gekauft hat, und gegen den dann sein Nachbar mit Erfolg das interdictum de itinere actuque privato angestellt hat, die Klage aus der Stipulation abgesprochen und nur die act. emti zuerkannt:

> licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de jure servitutis *in rem actione* pronunciatum, tamen dicendum est ex emto actionem competere.

Also die *in rem actio* oder eine ihr verwandte Klage[45]) bildete die Voraussetzung des Evictionsanspruches
S. 300. aus der stipulatio duplae, der Prozeß, den sie im Auge hat, ist die „lis de *proprietate* instituta."

In diesen Kreis von lauter dinglichen oder ihr verwandten Klagen mischt sich nun unsere persönliche Klage, die condictio sine causa ein. Die Juristen, die keine der denkbaren Klagen, durch welche die *Sache selber* evincirt werden kann, vergessen, gedenken dieser condictio auf den *Preis* mit keinem Wort. Um das ganze Gewicht dieses Schweigens zu würdigen, muß man sich ein doppeltes vergegenwärtigen, einmal: die Vollständigkeit der Aufzählung aller obigen auf die Eviction der *Sache* gerichteten Klagen, und sodann: die praktische und juristische Bedeutung der Klage, die sie übergehen. Ich weiß nicht, ob ich in Bezug auf die letztere Behauptung noch ein Wort hinzufügen soll. Es wird doch wohl Niemand daran zweifeln, daß die condictio sine causa gegen den gutgläubigen Besitzer (zumal, wenn ich sie mir in

---

45) Die Besitzesklage, da sie kein Definitivum begründet, enthält keine Eviction l. 3 pr., l. 11 § 13 de act. emt. (19. 1), die entgegenstehende l. 38 § 3 de V. O. (45. 1) . . de nuda possessione . . läßt sich auf den Fall des Kaufs der bloßen possessio beziehen l. 34 § 4 de cont. emt. (18. 1), rei suae emtio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emas, quam forte venditor habuit, et in judicio possessionis potior esses.

dem vollen Umfange vergegenwärtige, den Windscheid XVI. Jahrg. Bd. XVI.
ihr vindicirt d. h. auch in ihrer Richtung gegen denjenigen, der die Sache consumirt, specificirt, mit der seinigen verbunden hat) ungleich häufiger im Leben vorkommen mußte als eine Eviction mittelst der act. Publiciana rescissoria oder communi dividundo oder einer dem Minderjährigen in rem gewährten restitutio in integrum. Und trotzdem kein Wort über dieselbe! In juristischer Beziehung aber stellte sie sich nicht bloß einer einzigen jener Klagen, sondern sämmtlichen als äußerst bemerkenswerthes Gegenstück gegenüber, und es muß vom Standpunkt der juristischen Theorie aus geradezu als undenkbar bezeichnet werden, daß dieselben Juristen, die eifrig bedacht sind, die speziellsten Fälle der Sachviction aufzuzählen — oder sagen wir: die Compilatoren, S. 301.
welche diese detaillirte Kasuistik aufgenommen haben — über den in juristischer Beziehung so höchst wichtigen Begriff der Eviction des Kaufpreises kein Wort hätte verlieren sollen.

Das dritte wesentliche Erforderniß der Klage aus der stipulatio war

3. das der litis denunciatio.

Dasselbe hätte für die condictio sine causa eben so gut gelten müssen wie für alle andern Evictionsklagen, denn da der Autor dem Beklagten, wenn letzterer auf Grund dieser Klage verurtheilt wird, regreßpflichtig wird, so hat er auch bei ihr ganz dasselbe Interesse wie bei der dinglichen Evictionsklage, diesen Erfolg durch eigenes Eintreten und Suppeditirung des ihm zu Gebote stehenden Vertheidigungsmaterials abzuwenden. Auch in Bezug auf diesen Punkt: die Einschärfung der Verpflichtung zur litis denunciatio habe ich mich wiederum in dem Titel de evictionibus vergebens nach einer Andeutung umgesehen, während es doch sonst die Juristen nicht an ganz speciellen Vorschriften dafür fehlen lassen, z. B. l. 39 § 1 (Denuntiation an den Sklaven) l. 62 § 1 (an sämmtliche Erben), und der principielle Gegensatz, in

XVI. Jahrg. Bd. XVI. dem unsere persönliche Evictionsklage zu den dinglichen steht, eine besondere Hervorhebung dieser Verpflichtung auch für sie nichts weniger als überflüssig hätte erscheinen lassen.

Ich fasse das Resultat der bisherigen Ausführung in den Satz zusammen: wäre nach römischem Recht eine Eviction des Kaufpreises in Form der cond. sine causa möglich gewesen, so würden die Römer sicherlich nicht unterlassen haben, in der stipulatio duplae auch auf diesen Fall Bedacht zu nehmen — ich glaube den Beweis erbracht zu haben, daß dies nicht geschehen ist, und folgere daraus: die Römer haben jene Gefahr nicht gekannt.

Ueber den Einwand, den man mir entgegensetzen könnte: S. 302. die Römer hätten dieß aus dem Grunde unterlassen, weil ihrer Ansicht nach die actio emti für den Zweck ausgereicht hätte, habe ich mich schon oben (S. 297) ausgesprochen. Reichte sie für die Eviction des Kaufpreises aus, warum nicht auch für den der Eviction der Sache? Griff man trotz der act. emti in letzterem Fall zur stipulatio duplae, warum nicht auch in jenem? Man wende nicht ein: bei der Eviction des Kaufpreises habe es des duplum nicht bedurft, da der Betrag des Interesses hier mit dem Kaufpreis selber zusammengefallen sei, während er bei der Sache unbestimmt gewesen sei, und der Anspruch auf das Duplum den Kläger des schwierigen Interessenbeweises überhoben habe, denn das duplum hatte nicht bloß den Zweck, dem Kläger eine Erleichterung des Beweises zu gewähren, sondern außerdem noch zwei andere: einmal ihm Genugthuung dafür zu verschaffen, daß der Verkäufer ihn angeführt hatte[46]), und

46) Es gilt hier dasselbe, was der Jurist in l. 1 § 2 de aed. ed. (21. 1) von dem Zweck der ädilicischen Stipulationen sagt: Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint, dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere

sodann letzteren durch die Aussicht auf diese ihn treffende XVI. Jahrg. Bd. XVI.
Strafe von einem Verkauf abzuhalten, bei dem er seiner Sache nicht völlig sicher war, die stipulatio duplae enthielt eine ungleich höhere Eigenthumsgarantie als die bloße actio emti. Diese beiden letzteren Zwecke trafen für die Eventualität einer möglichen Eviction des Kaufpreises ganz so zu wie für die der Eviction der Sache.

Aber ich bestreite sogar die Voraussetzung, daß die actio emti für jenen Fall ausgereicht habe.

Bei allen drei Formen des Evictionsregresses (act. autoritatis, ex stipulatu, emti) hebt der Untergang oder S. 303.
die Usucapion der Sache den Evictionsanspruch auf. So bestimmten in Bezug auf den letzteren Fall für die actio autoritatis schon die XII Tafeln: usus autoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus d. h. mit der Usucapion (usus) hört die Haftung des Verkäufers (autoritas) auf; den Fall des Unterganges hielten sie gar nicht für nöthig besonders zu erwähnen. Ebenso die l. 54 pr. de evict. (21. 2):

> qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emtori teneri de evictione

und die l. 19 Cod. ibid. (8. 45).

Für den Fall des Unterganges der Sache sagt l. 26 Cod. ib. (8. 45):

> Si quis tibi servum vendidit, postquam is rebus humanis exemtus est, *cum evictionis periculum finitum* est, a te conveniri non potest.

Die Stelle schließt nach Untergang der Sache ganz allgemein jede Eviction aus, eine Eviction ist aber auch die des Kaufpreises. Wäre letztere rechtlich möglich gewesen, so durfte

---

venditor, neque enim interest emtoris, cur *fallatur*, *ignorantia* venditoris an calliditate.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. der Kaiser nicht so schlechthin den Satz aufstellen, daß die Gefahr der Eviction mit dem Tode zu Ende gehe, und daß von jetzt an der Verkäufer vom Käufer gar nicht mehr belangt werden könne. Wenn man diese Ungenauigkeit auch bei ihm damit entschuldigen wollte, daß er bei seiner Antwort nur die Verhältnisse des concreten Falles im Auge gehabt habe, so hätten doch die Compilatoren, wenn sie den Begriff der Eviction in dem weiten Sinn der **Windscheid**'schen Theorie verstanden hätten, in den Codextitel, welcher speziell de evictionibus handelt, unmöglich eine Stelle aufnehmen können und dürfen, welche den Untergang der Sache als **Ende** der Eviction bezeichnet, während der-
S. 304. selbe jener Theorie zufolge gerade die **Voraussetzung** des zweiten Falles der Eviction bildet. Daß der Sklave bei dem Fragsteller gestorben sei, ist in der Stelle mit nichts angedeutet, es ist willkürlich, diese Beschränkung in sie hineinzutragen.

Ich fasse das Resultat meiner bisherigen Entwicklung in den Satz zusammen: mit der condictio sine causa auf den Kaufpreis ist der Regreßanspruch gegen den Verkäufer unverträglich, da erstere den Untergang der Sache voraussetzt, letzterer aber mit dem Untergang der Sache hinwegfällt. Daraus ergibt sich, daß die condictio nur in dem Fall am Platz ist, wo das Hinderniß, das sich ihr in Gestalt der Regreßfrage entgegenstellen könnte, gar nicht existirt, und das ist gerade der Fall der l. 23 de R. Cr. (12. 1), auf den ich sie früher beschränkt habe, und für den ich sie auch jetzt noch allein für anwendbar halte. Dies führt mich auf den letzten Abschnitt meiner Abhandlung.

VII. Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer.

XVI. Jahrg. Bd. XVI.

3. Quellenmäßige Gestalt.

Die citirte l. 53 de R. Cr. (12. 1) von Afrikan lautet:

> Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Von demselben Afrikan stammt die l. 40 de neg. gest. (3. 5), welche einen faktisch etwas abweichenden, aber juristisch völlig gleichen Fall behandelt.

> Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio S. 305.
> mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses.

Einen ähnlichen Fall behandelt Julian in der l. 24 § 1 de act. emti (19. 1):

> Servum tuum imprudens a fure bona fide emi; is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Posse te eum hominem mihi condicere Sabinus dixit.

Völlig gleichlautend wird dieser Satz von Paulus im Anfang der l. 31 § 1 de R. Cr. (12. 1) wiederholt, deren fernerer Verlauf uns hier nicht interessirt. In dem Fall der beiden ersten Stellen hatte der gutgläubige Besitzer aus fremder Sache Geld, in dem der beiden letzten aus fremdem Gelde eine Sache erworben. Juristisch stehen sich aber beide Fälle völlig gleich, die Voraussetzungen, an welche die vier Stellen die condictio des Eigenthümers (A) knüpfen, sind dieselben, nämlich folgende drei.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. 1. In beiden Fällen hat der Beklagte (B) die fremde Sache sine causa, sine titulo in seinen Besitz bekommen d. h. ohne einen vom Recht anerkannten Erwerbsakt — *der Besitzer hat hier keinen Autor*, ein Umstand, dessen hoher Einfluß auf unsere Frage sofort klar werden wird.

2. Der B hat den Besitz der Sache auf einen Andern (C) gegen ein Aequivalent übertragen. So lange dieselbe noch bei C existirt, kann A sie vindiciren; thut er es, so treibt er damit den C auf B zurück, und letzterer hört auf bereichert zu sein.

3. Die Sache ist beim C untergegangen, sei es physisch, sei es wie beim Gelde juristisch. Damit ist die Vindication des A gegen den C ausgeschlossen und die Bereicherung des B eine definitive geworden.

Der hier dargelegte Thatbestand unserer Klage fordert S. 306. uns zu zwei Bemerkungen auf. Zuerst über das Erforderniß des Unterganges der Sache. Ist die Bedeutung, die wir demselben beigelegt haben, die richtige, so erfordert die Consequenz ein Doppeltes.

Erstens muß die Usucapion der Sache von Seiten des C dem Untergange gleich gestellt werden, denn auch sie beseitigt die reiv. des A und damit die Eventualität einer Regreßklage des C gegen den B, die Bereicherung des B ist eine definitive geworden; *wodurch* dies geschehen, ob durch Untergang oder Usucapion der Sache, kann, wenn im übrigen die obigen Voraussetzungen vorliegen, nichts verschlagen. Ob man sich für diese Ansicht auf l. 1 Cod. de reb. al. (4. 51) berufen darf, ist mir zweifelhaft, da die Voraussetzung, deren die Stelle gedenkt: si probatum fuerit, Julianum *nullo jure munitum* vendidisse sich eben so gut auf den Fall des wissentlichen, eigenmächtigen Verkaufs einer fremden Sache beziehen läßt (den meines Erachtens auch die l. 1 Cod. de com. rer. al. (4. 52) im Auge hat) als auf den des unwissentlichen von Seiten des gutgläubigen untitulirten Besitzers.

Zweitens würde die Consequenz der obigen Auffassung XVI. Jahr g. Bd. XVI.
des Unterganges der Sache dahin führen, daß dem A auch in dem Fall ein Anspruch auf den Preis zugestanden werden müßte, wenn er auf die Vindication gegen den C verzichtet; dadurch wird der Regreßanspruch desselben gegen den B ganz so beseitigt und die Bereicherung des letzteren ganz so eine definitive, als wenn die Sache untergegangen oder usucapirt worden wäre. Es ist nicht abzusehen, warum der Gesichtspunkt der neg. gestio, den Afrikan für den Fall des Unterganges zu Hülfe nimmt, nicht auch hier zutreffen sollte. Und doch hebt nicht bloß Afrikan für diese Klage, sondern auch Julian für die cond. sine causa das Erforderniß des Unterganges der Sache ausdrücklich hervor.

Es ergibt sich daraus, wie wenig die Römer geneigt ge- S. 307.
wesen sind, den Gedanken der verpflichtenden Kraft der grundlosen Bereicherung in seiner vollen Consequenz zu verwirklichen. Hätten sie ihn in der prinzipiellen Allgemeinheit erfaßt, die Windscheid ihm gibt, so wäre jene Halbheit bei Julian und Afrikan nicht zu begreifen, noch weniger aber, wie Afrikan für einen und denselben Zweck das eine Mal zur cond. sine causa, das andere Mal zur act. neg. gest. greift. Woher dies Schwanken und diese Zaghaftigkeit? Ich meine, daß es nur der Verweisung auf die oben (S. 281) benutzte Stelle des Paulus: „pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit, quasi alii non vendidissem“ und die von mir hervorgehobenen praktischen Bedenken (Nr. VI) bedarf, um darauf die Antwort zu ertheilen. Die condictio sine causa des Eigenthümers auf Herausgabe der Bereicherung, innerhalb der richtigen engen Grenzen eine werthvolle Ergänzung des Eigenthumsschutzes, hätte, dieser Grenzen entbunden, die ganze Sicherheit des Verkehrs vernichten können. Darum die Beschränkung derselben auf den untitulirten Besitzer, gegen den sie gewährt werden kann, ohne daß andere Personen in Mitleiden-

XVI. Jahrg. Bd. XVI. schaft gezogen werden, da er keinen Autor und mithin keinen Regreßanspruch hat, und darum selbst bei ihm die Beschränkung auf den äußersten Nothfall, d. h. wenn der Eigenthümer durch Untergang der Sache (beziehungsweise, wenn man meine Ansicht billigt, durch Usucapion) der reivindicatio beraubt worden ist.

Die zweite Bemerkung, die ich zu machen habe, betrifft die erste der drei oben angeführten Voraussetzungen unserer Klage: den Mangel des Erwerbsgrundes in der Person des Besitzers. Ich verstehe darunter nicht den inneren Mangel:
S. 308. die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, durch welches er den Besitz der Sache erlangt hat, sondern den äußeren Mangel, das Fehlen, nicht den Fehler des Erwerbsaktes.

Windscheid hat in seiner Abhandlung das gesammte Material an Stellen, welches sich für unsere Frage heranziehen läßt, einer sorgfältigen Prüfung unterworfen, und er schließt dieselbe (S. 18) mit dem Resultat ab, daß einige der Stellen (l. 23 de R. Cr. 12. 1, l. 49 de neg. gest. 3. 5, l. 30 pr. de act. emt. 19. 1, l. 18 pr. de R. Cr. 12. 1) unzweifelhaft einen redlichen Besitzer ohne Titel im Auge haben, zwei andere (l. 1 Cod. de reb. al. 4. 51, l. 1 Cod. de com. rer. al. (4. 52) wahrscheinlich, eine andere (l. 12 § 1 de distr. pign. 20. 5) nicht unzweifelhaft den redlichen Besitzer überhaupt; bei einer andern (l. 24 § 1 de act. emt. 19. 1) sei es zweifelhaft, ob es die Bereicherungsklage sei, welche sie gewähre; drei andere Stellen, welche er noch anführt (l. 17 pr. de R. V. 6. 1, l. 23 § 5 ibid. und § 26 I. de rer. div. 2. 1), scheiden für die vorliegende Frage aus, und von zwei andern (l. 17 de solut. 46. 3, l. 67 de I. D. 23. 3) glaubt er nachweisen zu können, daß sie wenigstens nicht gegen seine Ansicht sprechen.

Nun bin ich zwar mit der Auslegung, welche Windscheid von diesen Stellen gibt, keineswegs überall einverstanden, und ich glaube ihnen für meine Ansicht doch immer-

hin noch mehr entnehmen zu können, als Windscheid XVI. Jahrg. Bd. XVI.
zugestehen will. Allein es genügt mir sein Zugeständniß, daß diese Stellen seiner Ansicht wenigstens keinen Halt gewähren, und indem ich mich des exegetischen Geplänkels enthalte, folge ich Windscheid auf die Höhe der principiellen Auffassung, auf der nach seiner Meinung der schließliche Austrag dieser Differenz erreicht werden muß. Der bisherige Verlauf meiner Abhandlung wird gezeigt haben, wie auch ich meinerseits bestrebt gewesen bin, den Ausschlag nicht in einzelnen Quellen- S. 309.
stellen, sondern in den allgemeinen Principien des Rechts zu suchen, es kann mir daher nur erwünscht sein, wenn er damit einverstanden ist, den Streit in diese Region hinüber zu spielen.

Windscheid faßt (S. 26) sein Gesammturtheil dahin zusammen, daß seiner Ansicht nach kein Grund vorhanden sei, die Entscheidungen, welche in den Quellen für den redlichen Besitzer ohne Titel enthalten seien, lediglich auf diesen Besitzer zu beschränken, daß vielmehr in ihnen der Ausdruck einer allgemeinen für den redlichen Besitzer überhaupt geltenden Wahrheit gefunden werden müsse. Drei Gründe seien es, welche man gegen diese Erstreckung und für die Beschränkung geltend gemacht habe, der erste: daß das für den gutgläubigen Besitzer ohne Titel Bestimmte Ausnahmsrecht sei, der zweite, daß die Bereicherung des mit dem Titel versehenen gutgläubigen Besitzers keine ungerechtfertigte sei, der dritte komme darauf hinaus, daß der mit Titel versehene gutgläubige Besitzer gar nicht bereichert sei.

Es läge mir nun ob, Windscheid bei der Prüfung und Widerlegung dieser drei Gründe zu folgen. Wenn ich mich dessen überhebe, so geschieht es nicht, weil mich seine Ausführungen im Uebrigen überzeugt hätten, sondern weil ich nach dem, was ich unter den beiden Nummern V und VI an legislativen oder praktischen und theoretisch-juristischen Gründen gegen die Windscheid'sche Ansicht vorgebracht habe,

XVI. Jahrg. Bd. XVI. es weder für erforderlich, noch auch für ersprießlich halte, mit Gesichtspunkten zu operiren, deren erfolgreiche wissenschaftliche Verwendung erst eine Verständigung über ihre genaue begriffliche Feststellung erfordern würde.

Es ist bei einem wissenschaftlichen Streit schon viel gewonnen, wenn man sich des Gegensatzes in seiner ganzen Schärfe bewußt wird. Ich glaube den Gegensatz, der uns
S. 310. beide trennt, nicht schärfer treffen zu können, als wenn ich sage, daß mein Standpunkt der des römischen Eigenthums und der Windscheid's der der Bereicherung ist. Ich meinerseits verlange, daß sich der Gedanke der Bereicherung den Anforderungen des Eigenthums, Windscheid, daß sich das Eigenthum jenem Gedanken unterordne. Indem ich meinerseits vom Eigenthum ausgehe, erblicke ich in dem possessorischen und dinglichen Schutz desselben (von den Delictsklagen ist hier, wo es sich nur um den gutgläubigen Besitzer handelt, selbstverständlich nicht die Rede) historisch wie praktisch die primäre Form seiner Sicherung und kann in der Ergänzung, welche die neuere Rechtsbildung in dem in dieser Richtung selbst auf der Höhe der römischen Jurisprudenz noch als unfertig zu bezeichnenden (s. u.) Gedanken der Bereicherung ihr bietet, eben nur eine Ergänzung erblicken, die an den seit Jahrhunderten bestehenden und zur vollkommenen Reife entwickelten Grundsätzen über das Eigenthum (die Eviction mit inbegriffen) ihr Maß und Ziel findet. Von diesem Standpunkt aus kann ich der condictio sine causa nur Zulaß gewähren, soweit dies unbeschadet jener Grundsätze möglich ist, und dies trifft, wie ich zu zeigen hoffe, nur bei dem untitulirten gutgläubigen Besitzer zu. Windscheid dagegen geht von dem allgemein gültigen Gedanken der verpflichtenden Kraft der Bereicherung aus und postulirt daher auch innerhalb des Eigenthums seine volle Verwirklichung; die Fälle, in denen ihm dieselbe innerhalb dieses Gebietes durch positiv entgegenstehende Bestimmungen des römischen Rechts abge-

schnitten ist (S. 25), sind in seinen Augen Irregularitäten, XVI. Jahrg. Bd. XVI.
die er, wie ich dies oben (S. 27) in Bezug auf das Fruchtrecht nachgewiesen habe, sich gedrungen sieht durch besondere Gründe zu rechtfertigen. Für ihn erstreckt sich die Geltung des Gedankens der Bereicherung, wie ich kurz sagen will, über das ganze Eigenthumsgebiet, so weit nicht das Gegen- S. 311.
theil erwiesen werden kann, für mich nur soweit, als sie sich positiv darthun läßt.

Man wird mir zugestehen, daß, so lange der Gegensatz dieser beiden Grundanschauungen nicht wissenschaftlich zum Austrag gebracht worden ist, für den Praktiker nichts übrig bleibt, als sich einfach an die Entscheidungen der Quellen zu halten und dem entsprechend bei der Frage, die uns hier allein interessirt, die condictio sine causa lediglich in dem Fall zur Anwendung zu bringen, bei dem sie quellenmäßig allein auftritt: in dem des Besitzerwerbs sine causa. Es ist aber immer ein kümmerlicher Nothbehelf sich auf den bloßen Buchstaben zurückzuziehen, es ist der Rückzug dessen, der daran verzweifelt, die Frage mittelst innerer Gründe zur Entscheidung zu bringen. Ich hoffe nun, durch den gegenwärtigen Aufsatz diese letztere Art der Entscheidung ermöglicht zu haben, indem ich die Gründe dargelegt habe, welche sich der weiten Ausdehnung, welche Windscheid unserer Klage gewähren will, entgegensetzen, und es bleibt mir nur noch übrig, die Beschränkung derselben auf das ihr von mir gesteckte enge Anwendungsgebiet innerlich zu rechtfertigen.

Die condictio sine causa ist auf das Verhältniß des gutgläubigen Besitzers ohne Autor beschränkt, weil hier das Hinderniß hinwegfällt, das sich ihr bei dem titulirten Besitzer in Bezug auf den Regreßanspruch gegen den Autor entgegenstellt. Sowie die Lehre von der Eviction sich bei den Römern nun einmal historisch gestaltet hatte (S. 62—72), hätte der Käufer im Fall der Eviction des Preises mittelst der cond. sine causa keinen Regreßanspruch ge-

XVI. Jahrg. Bd. XVI. habt — ein Resultat, das von vornherein, wenn man jene Lehre nicht von Grund aus verändern wollte, jeden Gedanken an die Gewährung der condictio gegen den titulirten Besitzer
S. 312. ausschließen mußte. Nur beim Besitzer ohne Autor fiel dieses Bedenken hinweg. Die condictio entzog ihm nichts, worauf er obligatorisch seinem Autor gegenüber einen Anspruch hatte, und wofür ihm letzterer mithin hätte aufkommen müssen, sondern sie beschränkte ihre Wirkung lediglich auf seine Person, indem sie ihm einen Gewinn entzog, der ihm in keiner Weise gebürte. Denselben Gedanken, den das S. C. Juventianum bei der hereditatis petitio für die universitas zur Geltung brachte, verwirklichte unsere condictio für die res singularis: die Herausgabe der Bereicherung Seitens des untitulirten Besitzers. Nur mit einem Unterschiede. Der Erbe kann den Kaufpreis, den der Besitzer durch Verkauf der erbschaftlichen Sache gewonnen hat, nicht erst dann begehren, wenn dieselbe vom Käufer usucapirt oder bei ihm untergegangen ist, sondern sofort, nur verzichtet er damit auf die Vindication der Sache gegen den dritten Besitzer (l. 25 § 17 de her. pet. 5. 3), während die Juristen, wie oben (S. 74) nachgewiesen, es nicht gewagt haben, bei der condictio bis zu dieser letzten Consequenz der Bereicherungstheorie vorzugehen, — Beweis genug, wie wenig sie selbst in einem Fall, wo praktisch die Verwirklichung dieser Consequenz nicht den geringsten Anstand haben konnte, der juristischen Bedenken, welche sich der Uebertragung eines auf eine Sache gerichteten Anspruches auf den Preis entgegenstellten (Nr. VI), gänzlich Herr zu werden vermochten.

Ich glaube, im Bisherigen die Beschränkung unserer condictio auf den gutgläubigen Besitzer ohne Autor innerlich gerechtfertigt und damit den Schein einer positiven Irregularität, den sie nach Windscheid vom Standpunkt der von mir verfochtenen Ansicht aus an sich tragen soll, beseitigt zu haben. Aber ich glaube, den Beweis meiner Auffassung noch

in einer Weise vervollständigen zu können, die zugleich den XVI. Jahrg. Bd. XVI.
Vorzug glaubt beanspruchen zu können, eine Erscheinung des S. 313.
römischen Rechts, die meines Wissens eine Erklärung überhaupt noch nicht gefunden hat, ins richtige Licht zu setzen.

Es ist das Auftreten der reivind. utilis in Fällen, in denen sie lediglich die Function einer persönlichen Klage auf Herausgabe des Gewinns hat[47]), in denen also der Windscheid'schen Theorie zufolge die cond. sine causa hätte gegeben werden müssen.

Es sind dieß folgende Fälle.

Zuerst der der oben (S. 16) besprochenen l. 5 § 3 de R. V. (6. 1): die reiv. utilis des früheren Eigenthümers eines von einem Andern in sein Grundstück gepflanzten und dort im Lauf der Zeit festgewachsenen Baumes. Daß sie nicht auf Herausnahme des Baumes selber, sondern nur auf Entrichtung des Werthes (und zwar desjenigen, den der Baum hatte, als er eingepflanzt ward, nicht desjenigen, den er jetzt hat) gerichtet werden kann, darüber herrscht kein Zweifel. Warum hier die reiv. utilis, warum nicht die ungleich näher liegende condictio sine causa? Etwa weil Varus und Nerva, welche nach Ulpian's Bericht in dieser Stelle diese Klage proponirten, letztere noch nicht kannten? Aber Ulpian kannte sie doch bereits; warum nannte er sie nicht? Der Leser wird meine Antwort errathen; die reivindicatio utilis sicherte dem Besitzer des Baums den Regreß gegen seinen Autor, sie ermöglichte die litis denunciatio, kurz sie brachte die Sache in den normalen Weg des Evictionsverfahrens, was die cond. sine causa nach unsern obigen Ausführungen nicht gethan haben würde.

Der zweite Fall ist der der oben (a. a. O.) berührten l. 9 § 2 de A. R. D. (41. 1): die reivind. utilis, durch S. 314.

---

47) S. meine Abhandlung über die reiv. utilis in Jahrb. f. d. Dogmat. 2c. B. 1, S. 140, 141.

XVI. Jahrg. Bd. XVI. welche der Herr der bemalten Tafel gegen den Maler seinen Ersatzanspruch geltend macht. Auch sie leitet wiederum den Streit in die Bahn des Evictionsverfahrens; der Maler, mit der reiv. utilis in Anspruch genommen, verkündet seinem Autor den Streit und sichert sich dadurch seinen Evictionsanspruch. Ganz dasselbe hat er zu thun, wenn er seinerseits die reiv. directa erhebt und als Kläger den Streit darüber, wem die Tafel gehört habe, zum Austrag bringen will.

Justinian hat in der l. 3 Cod. de quadr. praescr. (3. 37) noch einen analogen Fall der reivindicatio hinzugefügt: ob man sie als directa oder utilis bezeichnen will, was für unsere Frage gleichgültig ist, hängt davon ab, wie man über die Eigenthumsfrage in demselben denkt. Wenn der Fiscus oder der Regent oder die Regentin eine fremde Sache — wir werden zu ihren Ehren annehmen dürfen: in gutem Glauben — verkaufen oder verschenken, so kann der Eigenthümer dieselbe von ihrem Inhaber bekanntlich nicht vindiciren, er ist vielmehr auf eine Entschädigungsforderung gegen die genannten Personen angewiesen, und als Form derselben nennt die Constitution lediglich die dinglichen Klagen („quas existimant posse sibi competere actiones in rem vel hypothecariam"), während die l. 2 Cod. ibid. von Zeno noch alle möglichen anderen Klagen („vel in personam civiles seu praetorias vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus vel quaslibet alias") genannt hatte, wobei dem Verfasser der Stelle vielleicht der Fall einer contractlich dem Fiscus vom Eigenthümer obligatorisch überlassenen und von ihm versehentlich veräußerten Sache vorgeschwebt hat. Ich lasse es dahin gestellt, ob man dem Verfasser der justinianischen Constitution den hohen Grad der juristischen Einsicht und Umsicht zutrauen darf, daß er durch
S. 315. die ausschließliche Verweisung des Entschädigungsanspruchs in die Form der dinglichen Klage der im Obigen begründeten Rücksicht auf die correcte Fundirung des Regreßanspruches hat

entsprechen wollen; jedenfalls ist beachtenswerth, daß er die condictio sine causa, die doch zunächst gelegen hätte, nicht nennt. XVI. Jahrg. Bd. XVI.

Nur in der oben (a. a. O.) berührten l. 23 § 5 de reiv. (6. 1) ist für den Fall des Eigenthumsverlustes durch Verbindung dieser Weg verlassen, und an die Stelle der reivind. utilis des Herrn der Nebensache eine act. in factum gesetzt. Dürften wir annehmen, daß der Jurist dabei den Fall im Auge gehabt habe, wenn ein malae fidei possessor die fremde Sache mit der seinigen verbunden habe, so würde diese act. in factum als die bekannte Erweiterung der act. legis Aquiliae aufzufassen sein. Die Stelle selber giebt zu dieser beschränkenden Erklärung keinen Anlaß, wir müssen sie mithin ganz allgemein verstehen. Warum der Jurist statt der reiv. utilis eine actio in factum gewählt hat, darüber wage ich keine Vermuthung. Jedenfalls aber verdient constatirt zu werden, daß der Jurist nicht die cond. sine causa nennt, die doch nach der Theorie von Windscheid ungleich eher am Platz gewesen wäre als jene unbestimmte act. in factum, zu der die Juristen nur dann greifen, wenn sie sich von jeder andern verlassen sehen.

Ich kehre zu der cond. sine causa gegen den früheren gutgläubigen Besitzer auf Herausgabe des Preises zurück, um noch eine Quellenstelle nachzutragen, die das uns zu Gebote stehende Material positiv vervollständigt, indem sie in einem Fall, der uns bisher noch nicht begegnet ist, einen Anspruch auf die Bereicherung gewährt. Für die Theorie der cond. sine causa ist sie negativ insofern von Interesse, als die Klage, welche sie gibt, wiederum wie im vorigen Fall nicht die cond. sine causa, sondern die act. in factum ist. Es S. 316.
ist die l. 52 de R. V. (6. 1). Der Besitzer hat den Besitz der Sache dolo malo aufgegeben und stirbt. Hier gibt Julian gegen die Erben eine actio in factum auf Herausgabe der Bereicherung. Ich bitte zu beachten, daß es derselbe Julian

XVI. Jahrg. Bd. XVI. ist, der sich in unserer obigen l. 23 de R. Cr. (12. 1) zu gleichem Zweck für die condictio sine causa entscheidet. Also auch bei ihm dasselbe Schwanken in Bezug auf die Klage, das wir oben (S. 75) bei Afrikan constatirt haben; das eine Mal gibt der Eine die actio in factum, das andere Mal die condictio sine causa, das eine Mal der Andere die letztere Klage, das andere Mal die act. neg. gestorum. Für denselben Zweck, für den nach der Theorie von Windscheid die cond. sine causa die allein zutreffende Klage gewesen sein würde, bieten die römischen Juristen nicht weniger als vier verschiedene Klagen auf: die reivindicatio utilis, die act. in factum, die act. negotiorum gestorum und die condictio sine causa.

VIII. Praktisches Endresultat.

Ich glaube meine bisherigen Ausführungen mit dem Satz abschließen zu können: einen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises gegen den früheren gutgläubigen Besitzer hat der Eigenthümer nur in zwei Fällen. Der erste ist der des Besitzes sine causa (condictio sine causa der l. 23 de R. Cr. 12. 1, act. neg. gest. der l. 49 de neg. gest. 3. 5). Der zweite Fall ist der obige der Haftung des Erben des dolosen Alienanten (act. in fact. der l. 52 de R. V. 6. 1). Einen Anspruch auf Herausgabe der mit seinem Gelde gekauften Sache hat der Eigenthümer ebenfalls nur unter den obigen Voraussetzungen (condictio sine causa der l. 24 § 1
S. 317. de act. emti 19. 1). Wer fremdes Geld oder fremde Sachen in gutem Glauben durch Rechtsgeschäft erhält, haftet dem Eigenthümer nie auf Herausgabe dessen, was er damit gewonnen hat; — der Untergang der reivindicatio gegen ihn ist gleichbedeutend mit Anspruchslosigkeit des Eigenthümers gegen ihn.

Von dem im Bisherigen betrachteten Verhältniß des

früheren Besitzers bin ich aber genöthigt noch einmal zu XVI. Jahrg. Bd. XVI.
dem im ersten Theil meiner Abhandlung behandelten Verhältniß des letzten Besitzers zurückzugreifen, nicht um etwas nachzuholen, was ich schon damals hätte vorbringen können, sondern um für dasselbe eine Consequenz zu ziehen, für welche mir erst der zweite Theil die Prämissen liefern mußte.

Es würde ein nicht zu ertragendes Mißverhältniß sein, wenn derselbe gutgläubige untitulirte Besitzer im Fall der Veräußerung derselben auf Herausgabe der Bereicherung haften, im Fall der Verwendung derselben aber für seine eigenen Zwecke (Consumtion, Specification, Verbindung) frei ausgehen sollte. In dem letzteren Fall ist die Uebertragung der condictio sine causa auf ihn nicht blos gerechtfertigt, sondern geboten, die Art, wie er sich hier aus der fremden Sache bereichert, ist eine unmittelbare, er ist in der That „ex re", nicht wie in jenem Fall blos „ex negotiatione" bereichert. Als Beispiele, in denen die condictio in beiden Richtungen leicht zur Anwendung gelangen kann, nenne ich die Abgabe einer Sache an den Unrechten, das Stehen- und Liegenlassen von Sachen, die unter die unsrigen gekommen sind, und die wir fälschlich für eigene und als solche consumirt oder veräußert gehalten haben. Derartige Fälle sind mir schon vielfach im Leben vorkommen, und ich bin nie darüber zweifelhaft gewesen, daß hier die cond. sine causa nicht blos begründet, sondern legislativ vollkommen motivirt ist, so daß dieselbe also in dieser beschränkten Richtung der Aufnahme S. 318.
in unser bevorstehendes deutsches Civilgesetzbuch durchaus würdig wäre, während es mir sehr fraglich erscheinen würde, ob letzteres wohl daran thäte, dem früheren Eigenthümer nach Untergang der Sache bei dem gutgläubigen Besitzer gegen letzteren an Stelle der damit erloschenen Eigenthumsklage schlechthin einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zuzugestehen. Würde dieser Gesichtspunkt der verpflichtenden Kraft der Bereicherung aus fremder Sache

XVI. Jahrg. Bd. XVI. einmal adoptirt, so müßte er consequenter Weise nicht blos in dem Fall der Accession, sondern auch in dem der Specification, Vermischung, Consumtion und selbst der Usucapion zur Anwendung gebracht werden. Wenn man sich dazu, wie ich glaube, aus guten Gründen nicht wird entschließen wollen, so bleibt nichts übrig, als diesem Gedanken gegen den titulirten gutgläubigen Besitzer schlechthin keine Folge zu geben und ihn von jeder Haftung freizusprechen, wenn die reivindicatio gegen ihn hinweggefallen ist, d. h. wenn er die Sache zu der seinigen gemacht (consumirt, specificirt, vermischt, verbunden, usucapirt) oder sie veräußert hat.

Achtzehnter Band
(1880).

II. Ein Rechtsgutachten.

Theoretische Ausführungen, betreffend die Fragen

1. von der Natur und Handlungsfähigkeit eines sog. Comités,
2. von dem angeblichen Erforderniß des Geldwerths und des eigenen Interesses bei obligatorischen Ansprüchen,
3. von der Anwendung des Begriffes der höheren Gewalt auf Geldschulden.

Vorwort.

Mit dem Gutachten, welches ich hier veröffentliche, hat es XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
eine eigenthümliche Bewandtniß. Es ist, obschon veranlaßt S. 1.
durch den nächsten praktischen Zweck, dem es dienen sollte, doch von mir von vornherein als theoretische Abhandlung gedacht und verfaßt worden, und ich habe mir diese Art der Behandlung bei der Annahme des mir gewordenen Auftrages ausdrücklich (§ 2) vorbehalten. Von den drei mir durch den

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Rechtsbeistand der Partei vorgelegten Fragen, — es sind dieselben, welche ich oben in der Ueberschrift mitgetheilt habe — schlossen die erste und zweite ein so hohes theoretisches Interesse in sich, daß ich nicht bloß der Partei, sondern der Wissenschaft zu dienen glaubte, indem ich mich entschloß, sie
S. 2. einer eingehenden Erörterung zu unterziehen, und diese Hoffnung hat wesentlich mitgewirkt, mich zur Uebernahme des Gutachtens zu bestimmen. Das Gutachten ist im vorigen Jahre in Olten gedruckt[1]), aber von mir nicht in den Buchhandel gegeben worden, da ich schon bei Abfassung desselben die demnächstige Veröffentlichung durch die Jahrbücher in Aussicht genommen hatte, die ich, obschon ich bisher sonst keins der von mir verfaßten Gutachten in ihnen habe abdrucken lassen, doch bei dem wesentlich theoretischen Charakter des vorliegenden meinte verantworten zu können.

Bei dem gegenwärtigen Wiederabdruck desselben habe ich einige Auslassungen vorgenommen, welche sich lediglich auf die Rechtsausführungen der Gegenpartei beziehen, die ich in dem ursprünglichen Gutachten in ihrer ganzen Ausführlichkeit glaubte mittheilen zu müssen, da ich in diesem Punkt lieber zu viel als zu wenig thun wollte, während ich dies für den gegenwärtigen Zweck nicht für erforderlich hielt. Ich bemerke dies nur mit Rücksicht auf die Besitzer des von mir in einer ziemlich großen Zahl von Exemplaren versandten Originalgutachtens, für den Fall, daß sie dasselbe nach der dort zu Grunde gelegten Paragraphirung sollten citiren wollen; die Paragraphirung stimmt nicht mehr, indem ich mehrere der

---

1) Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungs-Comités der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn, betreffend die Vollendung und den Betrieb der Wasserfallenbahn und ihrer Fortsetzung von Solothurn nach Schönbühl, erstattet auf Ansuchen des klägerischen Comités von Dr. Rudolf von Jhering, Geheimem Justizrath und Professor der Rechte an der Universität zu Göttingen. Olten, 1878. — Buchdruckerei des „Volksblatt vom Jura".

der Wiedergabe der gegnerischen Rechtsdeductionen gewidmeten Paragraphen theils gestrichen, theils in einen einzigen zusammengeworfen habe; dadurch ist aus § 3—5 jetzt § 3, aus § 11—14 jetzt § 9 geworden. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Stand der Streitsache. S. 3.

§ 1.

Von dem interkantonalen Gäubahncomité in Solothurn habe ich die Aufforderung erhalten, über einen Rechtsstreit, der zwischen ihm und der schweizerischen Centralbahn-Gesellschaft in Basel in Bezug auf die Ausführung eines zwischen beiden unter dem 16./18. Februar 1873 abgeschlossenen Vertrages, welcher den Bau und Betrieb zweier Eisenbahnlinien zum Gegenstand hatte, mein rechtliches Gutachten abzugeben. Der Rechtsstreit spielt vor einem auf Grund dieses Vertrages gebildeten Schiedsgericht in Solothurn. Er ward vor demselben anhängig gemacht durch die Klage des Gäubahncomités vom 1. Dezember 1876, worauf unter dem 31. Juli 1877 die „Antwort" der Beklagten erfolgte, der sie drei Gutachten beigefügt hat, welche sich zu ihren Gunsten aussprechen, das erste bereits vor Beginn des Rechtsstreits ausgestellte von Hrn. Professor Andreas Heusler in Basel, das zweite von Hrn. Geheimenrath und Professor Renaud in Heidelberg, das dritte, in französischer Sprache, von Hrn. Professor Brocher in Genf, beide nach Erhebung der Klage ausgestellt. Alle genannten Schriftstücke sind gedruckt und mir von der Klägerin nebst einigen andern, unter denen sich auch der zwischen beiden Theilen abgeschlossene Vertrag befindet, zum Zweck meiner Information mitgetheilt worden.

Die thatsächliche Unterlage des gegenwärtigen Prozesses bildet keinen Gegenstand des Streites unter den Parteien, und ich könnte mich daher gänzlich auf die Darstellung der-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. selben in der Klage beziehen, wenn dieses Gutachten lediglich auf die an diesem Prozeß unmittelbar betheiligten Personen: die Richter, die Parteien und ihre Rechtsbeistände berechnet wäre. Da der beabsichtigte Druck und die von mir bei dem hohen theoretischen Interesse der darin behandelten Fragen
S. 4. in Aussicht genommene Verbreitung desselben dasselbe auch zur Kunde von Personen bringen wird, denen das thatsächliche Material fremd ist, so sehe ich mich im Interesse der letzteren, um ihnen das Verständniß und die Beurtheilung des Falles zu ermöglichen, genöhtigt, das Wesentliche des faktischen Thatbestandes mitzutheilen.

Im Jahre 1870 bildete sich im Kanton Solothurn unter dem Namen einer: „*Initiativ-Gesellschaft der Gäubahn*" eine Gesellschaft, welche sich nach dem Art. 1 ihrer Statuten die Vornahme der technischen, commerziellen und finanziellen Vorarbeiten für den Bau einer Eisenbahn von Solothurn nach Olten durch das Gäu und nach Art. 7 die Gründung einer definitiven Baugesellschaft für die Vollführung des betreffenden Eisenbahnbaues zum Zweck setzte. Nach Annahme der Statuten und erfolgter Constituirung erwählte diese Initiativgesellschaft in Gemäßheit des Artikels 4 der Statuten ein aus 21 Mitgliedern bestehendes *Initiativcomité*, welches die erforderlichen Vorarbeiten, insbesondere die Ausarbeitung der Pläne und Kostenberechnungen vornehmen sollte. Dasselbe unterzog sich dieser Aufgabe, ohne sich darauf zu beschränken, es knüpfte vielmehr Unterhandlungen mit einer andern Gesellschaft, der für die Broyethalbahn, zum Zweck der Fortsetzung der Bahn an. In einer Sitzung des Initiativcomités vom 20. März 1871 wurde ein daraus hervorgegangener Vertragsentwurf mitgetheilt und der Beschluß gefaßt: für diese neue, resp. ausgedehntere Eisenbahnbestrebung ein *interkantonales Comité* zu bilden, zusammengesetzt aus dem gegenwärtigen Initiativcomité für eine Gäubahn, Abgeordneten der interessirten Gemeinden von

Solothurn bis Lyß, Abgeordneten der Regierung und der Stadt Solothurn, sowie der Stadt Olten, ohne daß jedoch das bisherige Gäubahncomité darin aufgehen solle. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Das hier in Aussicht genommene interkantonale Comité constituirte sich am 15. August 1871 in Solothurn als interkantonales Vorbereitungscomité für die Gäubahn resp. für den Bau einer Eisenbahnlinie Lyß-Büren-Solothurn-Olten und bestellte später aus seiner Mitte zum Zweck der Geschäftsleitung einen „Executiv-Ausschuß". Das ursprüngliche Gäubahnproject war nunmehr durch Hinzukommen des Stückes Solothurn-Büren-Lyß erweitert, und von jetzt an umfaßte die Bezeichnung „Gäubahn" die ganze Linie von Olten über Solothurn nach Lyß. S. 5.

Das interkantonale Vorbereitungscomité der Gäubahn erlangte verschiedene Eisenbahnconzessionen, insbesondere vom Solothurnischen Kantonsrath eine Conzession für eine Eisenbahn Aarau-Solothurn-Lyß, soweit sie auf Solothurnischem Gebiete gelegen war; vom Aargauischen Großen Rath: von der Solothurnischen Kantonsgrenze bis Aarau; vom Bernischen Großen Rath: für die das Gebiet von Bern berührenden Theile der Gäubahn. Der Executiv-Ausschuß sicherte sich die finanziellen Mittel zur Ausführung der Bahn theils durch Zeichnungen der betheiligten Gemeinden von Lyß bis Olten im Betrage von Fr. 2,268,000, theils durch Vertrag mit einem Finanzconsortium, und der darauf basirte Finanzausweis ward am 14. September 1872 vom Regierungsrath des Kantons Solothurn genehmigt.

Es erfolgten jetzt von zwei verschiedenen Seiten Bauofferten an das Comité, und insbesondere wurden auch von dem Directorium der Schweizerischen Centralbahn in Basel Verhandlungen eingeleitet wegen Ueberlassung der Conzessionen und Uebernahme des Baues und Betriebs der intendirten Bahnstrecke unter Verzicht auf irgendwelche von den Gemeinden der betreffenden Gegenden zu leistenden Subventio-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. nen. Die Verhandlungen, anfänglich ohne Erfolg, führten schließlich zum Abschluß eines Vertrages, dessen Ausführung Seitens der Beklagten den Gegenstand des gegenwärtigen Prozesses bildet. In der Ueberschrift werden als Vertragschließende genannt
S. 6. „das Directorium der schweizerischen Centralbahngesellschaft, vertreten durch Hrn. Sulger, Präsident, und Hrn. Sailer, Director", und „das interkantonale Vorbereitungscomité der Gäubahn, vertreten durch die Herrn Landamann Vigier und Baumgartner." Die Unterschrift trägt die Namen der beiden letztgenannten (de dato Solothurn 16. Februar 1873) und der beiden erstgenannten (de dato Basel 18. Febr. 1873). Der Vertrag erhielt später die in dem letzten Artikel vorbehaltenen Ratifikationen des Verwaltungsrathes und der Aktionäre der schweizerischen Centralbahngesellschaft einerseits, sowie des interkantonalen Vorbereitungscomités für die Gäubahn andererseits.

Der Vertrag hat den Bau zweier Bahnen zum Gegenstande, in erster Linie den derjenigen, deren bisher allein gedacht ist, und welche ursprünglich das alleinige Absehen des gedachten Comités bildete: der Gäubahn (Art. 1—15). In zweiter Linie den einer andern Bahn (Art. 16, 17), für deren Zustandekommen bis dahin ein zweites in Solothurn bestehendes Comité thätig gewesen war, nämlich der Wasserfallenbahn und ihrer Fortsetzung von Solothurn nach Schönbühl. Die Verhandlungen zwischen beiden Comités führten dahin, daß das interkantonale Comité für die Gäubahn die Verhandlungen mit dem Directorium der schweizerischen Centralbahngesellschaft benutzte, um auch dies zweite Projekt zu realisiren. Diesem Zwecke waren bie beiden genannten Art. 16 und 17 gewidmet. Der erste legt der Centralbahngesellschaft die Verpflichtung zum Bau und Betrieb der sog. Wasserfallenbahn von der solothurnischen-basellandschaftlichen Grenze bis zum Anschluß an die Gäubahn auf, der zweite lautet:

„Die schweizerische Centralbahngesellschaft übernimmt damit auch die Verbindlichkeit, ihrerseits das Nöthige zu thun,

damit ihr die Conzessionen für die Wasserfallenbahn von der XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 7.
Basellandschaftlichen Grenze bis zum Anschluß an die Gäubahn und für die Strecke von Solothurn bis Schönbühl ertheilt werden; diese Bahnen sollen, Einflüsse höherer Gewalt vorbehalten, binnen 5 Jahren, von der Conzessionsertheilung durch den Bund an gerechnet, vollendet und dem regelmäßigen Betriebe übergeben werden."

Dafür tritt das interkantonale Comité die ausgearbeiteten Pläne und Druckschriften sowie die für die Gäubahn erlangten Eisenbahnconzessionen ab und verpflichtet sich, die staatliche Genehmigung der Uebertragung derselben zu bewirken und ein Drittel des auf 12 Millionen Franken veranschlagten Baukapitals zu beschaffen. Für Streitigkeiten über Auslegung des Vertrages wird in Art. 20 ein in der dort näher angegebenen Weise zu bildendes Schiedsgericht festgesetzt.

Der erste Theil des Vertrages: der Bau und Betrieb der Gäubahn ist von der Centralbahngesellschaft erfüllt worden, die Ausführung des zweiten Theils: der Wasserfallenbahn und der Bahn von Solothurn nach Schönbühl zwar von ihr begonnen, aber später wieder sistirt worden. Nach Maßgabe des Bundesbeschlusses vom 23. Septbr. 1873, welcher die Conzession für diese beiden Bahnen gewährte, sollte der Finanzausweis binnen 12 Monaten erbracht, die Erdarbeiten vor dem 1. Januar 1875 in Angriff genommen und der Bau beider Bahnen bis zum 1. August 1877 fertig gestellt werden. Die beiden ersten Fristen wurden durch Beschluß des Bundesrathes vom 29. August 1874 bis zum 1. Februar 1876 erstreckt, jedoch der Gesellschaft verstattet, schon vor Leistung des Finanzausweises den Wasserfallentunnel in Angriff zu nehmen. Die Arbeiten für denselben wurden von ihr schon im Herbst 1874 einer Baugesellschaft zur Ausführung übertragen, im Sommer 1875 aber wieder eingestellt. Auch die Linie Solothurn-Schönbühl ward in Angriff genommen und strecken-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. weise vollendet und in Betrieb gesetzt und ebenfalls noch ein anderer Theil des Vertrages erfüllt.

S. 8. Im Herbst 1875 tauchte das Gerücht auf, die Centralbahn beabsichtige, den Bau der Wasserfallenbahn aufzugeben. Nachdem Schritte, welche der Solothurnische Regierungsrath gethan hatte, sich darüber bei dem Directorium der Centralbahn Gewißheit zu verschaffen, erfolglos geblieben waren, ermächtigte das Gäubahncomité in einer Sitzung vom 9. Januar 1876 den Executivausschuß, in Verbindung mit der Regierung des Kantons Solothurn die nöhigen Maßregeln zu treffen, um die Ausführung des Vertrages zu erzielen und nöthigenfalls den Prozeßweg zu betreten. In einer am 22. Januar zu Olten veranstalteten Conferenz beider Theile erklärten die Delegirten der Centralbahn, daß letztere bei der gegenwärtigen Finanzkrisis außer Stand sei, die finanziellen Mittel für den Bau der Wasserfallenbahn aufzubringen und den Finanzausweis zu leisten. Es liege somit ein Fall der im Vertrage vorgesehenen „höheren Gewalt" vor, und das Directorium sei entschlossen, beim Bundesrath für die Leistung des Finanzausweises und den offiziellen Beginn der Erdarbeiten bis zu 1881 Frist zu verlangen. Das Directorium setzte das Comité bald darauf in Kenntniß, daß es diesen Schritt gethan und beim Bundesrath das Gesuch eingereicht habe, die Frist für den Beginn der Erdarbeiten für die Wasserfallenbahn bis zum 31. Dezember 1881, und für die Vollendung der Bahn bis zum 31. März 1887 zu erstrecken, welchem Ansuchen von Seiten des Bundesrathes durch Beschluß vom 8. Februar 1877 jedoch nur insoweit entsprochen ward, daß die Frist für Einreichung der vorschriftsmäßigen technischen und finanziellen Vorlagen bis zum 31. Dezember 1878, die für den Beginn der Erdarbeiten bis zum 31. März 1879 und die für die Vollendung und die Betriebseröffnung der Bahn bis zum 31. März 1884 ausgedehnt wurde.

Schon vor diesem Bundesbeschluß, nämlich am 1. Dezember 1876, war das interkantonale Vorbereitungscomité der Gäubahn gegen die Gesellschaft der schweiz. Centralbahn vor dem nach Artikel 20 des Vertrages in Solothurn bestellten Schiedsgericht klagbar geworden. XVIII. Jahrg Bd. XVIII. S. 9.

Die Klage stützt sich darauf, daß sowohl die Wasserfallenbahn wie deren Fortsetzung nach Schönbühl vertragsmäßig bis zum 23. September 1878 zu vollenden und in Betrieb zu setzen gewesen sei, eine civilrechtliche Verpflichtung, von welcher die Beklagte durch Erstreckung der conzessionsmäßigen Fristen von Seiten des Staats nicht habe enthoben werden können. Die Centralbahn habe erklärt, erst 1881 den Bau der Wasserfallenbahn fortsetzen zu wollen. Wolle sie dies auch früher thun, so würde gleichwohl in Folge des langen Zögerns, also aus Schuld der Centralbahn die Zeit der Vollendung der betreffenden Bauten innerhalb der vertragsmäßigen Frist fehlen.

Es wird darauf das Klagebegehren gegründet:

„Die Gesellschaft der schweizerischen Centralbahn sei schuldig, die Wasserfallenbahn bis zum Anschluß an die Gäubahn und die Fortsetzung der Wasserfallenbahn von Solothurn nach Schönbühl binnen 5 Jahren von der Conzessionsertheilung durch den Bund (23. Sept. 1873) zu vollenden, dem regelmäßigen Betriebe zu übergeben und in der Folge zu betreiben.

oder für den Fall der Nichterfüllung dieser Vertung:

1) dem interkantonalen Vorbereitungscomité der Gäubahn oder seinem allfälligen Rechtsnachfolger behufs der Verwendung zum Bau und Inbetriebsetzung der bezeichneten Bahnen die hierfür erforderlichen Summen und zwar für die Wasserfallenbahn 17,000,000 Fr. und für die Eisenbahn Solothurn-Schönbühl 5,875,000 Fr. zur Verfügung zu stellen — Mehr- und Minderkosten, über welche nach

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Vollendung des Baues Rechnung gestellt werden solle, vorbehalten,

S. 10. 2) allfällig aus dem Betrieb der beiden Bahnen künftig sich ergebende Ausfälle zu decken, sofern nicht die Centralbahn als gegenwärtige Conzessionsinhaberin es vorziehe, Eigenthum und Betrieb der beiden Bahnen nach der Erstellung derselben an sich zu ziehen unter Folge der Kosten."

In der „Antwort" der Beklagten vom 31. Juli 1877 wird die thatsächliche Unterlage der Klage im Wesentlichen als richtig zugestanden. Ihr Widerspruch über einzelne die Vorgeschichte des Vertrages betreffende Punkte ist für die rechtliche Beurtheilung ohne alle Bedeutung, und es bleibt für die folgende Betrachtung nur die Prüfung der Rechtsgründe übrig, mit denen sie ihre Nichthaftbarkeit zu rechtfertigen sucht.

Wie bereits oben bemerkt, hat sie ihrer Schrift drei Gutachten beigelegt, deren Rechtsausführungen sie sich in ihrer Antwort im Wesentlichen angeeignet hat. Das erstere derselben (von Heusler) ward, wie die Beklagte mittheilt, „verfaßt im Dezember 1875, also zu einer Zeit, wo der Rechtsstreit noch nicht erhoben, ja wo es noch ungewiß war, ob ein solcher überhaupt entstehen würde. Es läßt sich nicht leugnen, daß dasselbe der Central-Verwaltung als vorläufige Richtschnur in ihrem Verhalten dem Gäubahncomité gegenüber gedient hat." Die beiden Gutachten von Renaud und Brocher sind nach Erhebung der Klage im Jahre 1877 und mit Bezugnahme auf dieselbe verfaßt, beide unabhängig von einander und beide, wenn auch in der Begründung zum Theil abweichend, doch im Resultat mit dem ersten übereinstimmend.

Die Rechtsfragen in diesem Prozeß.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

§ 2.

Durch Vermittelung des Hrn. Fürsprech Haller in Brugg hat das interkantonale Comité in Solothurn mir folgende einzelne Punkte namhaft gemacht, über welche dasselbe meine S. 11. Ansicht zu vernehmen wünscht,

„Gegenüber dieser Vertheidigung ersuchen wir Sie um Ihr Gutachten über folgende Beziehungen:

1) Die Centralbahngesellschaft bestreitet dem Gäubahn-Comité die Eigenschaft eines Rechtssubjects und wird damit sagen wollen, nicht nur, daß uns die Gerichtsstandsfähigkeit fehle, sondern auch, daß wir zum Abschluß des Vertrages rechtlich nicht fähig gewesen seien.

Abgesehen nun davon, daß die Centralbahn den Vertrag früher uns gegenüber stets anerkannt und denselben zu einem großen Theil sogar erfüllt hat (S. 20 und 21 der Klage) — abgesehen davon, daß die Bestreitung der Gerichtsstandsfähigkeit auffallend erscheint gegenüber der Bestimmung des Vertrages selber, welche für Streitigkeiten ein Schiedsgericht in Aussicht nimmt, können wir Ihnen mittheilen, daß in den letzten sechs oder sieben Jahren in der Schweiz zwischen Eisenbahngesellschaften und sogenannten Gründungs- oder Initiativcomités eine ganze Reihe von Verträgen abgeschlossen wurden, welche, wie der unsrige, den Bau von Eisenbahnen zum Gegenstand hatten, und welche zum Theil schon vollzogen, zum Theil in der Vollziehung begriffen sind. Solche Verträge bilden zur Stunde die rechtliche Grundlage für verschiedene neue schweizerische Eisenbahnlinien; in keinem dieser verschiedenen Fälle standen die betreffenden Initiativcomités, welche die Verträge abschlossen, in anderer, resp. besserer Stellung als das Gäubahn-Comité.

Es dürfte sich an diese Thatsachen vielleicht die Frage

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. knüpfen, ob nicht, (sofern theoretisch die Einwendungen gegen unsere Legitimation als der hergebrachten Rechtslehre entsprechend erachtet werden wollten) gerade in dem
S. 12. mehrfachen und wiederholten Abschluß solcher Verträge mit Initiativ-Comités, welche allerdings kein eigenes vermögensrechtliches Interesse verfolgen, auch nicht als juristische Personen im hergebrachten Sinne gelten, — der Anfang einer neuen Rechtsbildung liege, welche vom Richter nicht ignorirt werden dürfe.

Es kommt hinzu, daß diese Frage von den obersten eidgenössischen Staatsbehörden — soweit es sie betrifft — stets in diesem Sinne gelöst wurde, indem sie solchen Comités ohne Anstand Eisenbahnenconzessionen ertheilten, und die Uebertragung der Conzessionen von den Comités auf die Eisenbahngesellschaften stets genehmigt haben. So geschah es auch gegenüber dem Gäubahncomité (S. 19 u. 20 der Klage). Ueber diese Frage gibt auch einige Auskunft das Gutachten von Professor Dr. Vogt in Zürich an den Regierungsrath von Basselland, betreffend die Wasserfallen- und Waldenburgerbahn (Nr. 11).

Wir bitten Sie um die gutachtliche Beantwortung dieser Frage:

Muß nicht erklärt werden, daß das Gäubahncomité rechtlich fähig war, den Vertrag abzuschließen, und deßhalb auch legitimirt ist, denselben klagend geltend zu machen?

2) Die Vertheidigung sucht im Weitern darzuthun, daß der Anspruch, welchen wir verfolgen, kein klagbarer sei, weil uns das vermögensrechtliche Interesse fehle. Wir stellen über diese Beziehung keine besondere Frage auf, von der Ansicht ausgehend, daß sie in engem Zusammenhang mit der sub 1 berührten Frage steht und daher auch dort ihre Erledigung finden werde.

3) Sind die in der Vertheidigung der Centralbahn für die

Berufung auf höhere Gewalt angegebenen Gründe geeignet, diese Berufung zu rechtfertigen? XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Ich werde die mir gestellten Fragen in der hier befolgten Reihenfolge behandeln. S. 13. Dieselben haben sämmtlich ein allgemeines wissenschaftliches Interesse, es sind Fragen rein theoretischer Art, deren Beantwortung ein weit über den vorliegenden Fall hinausgehendes Interesse erregen dürfte, und gerade dieser Umstand ist für mich wesentlich mitbestimmend gewesen, der an mich gerichteten ehrenvollen Aufforderung zu entsprechen. Ich habe bei dem vorliegenden Gutachten nicht bloß den nächsten praktischen Zweck im Auge, der Beklagten zu ihrem, meiner Ansicht nach völlig zweifellosen Recht zu verhelfen, sondern zugleich den, den vorliegenden Fall für die Wissenschaft auszunutzen, um die drei Fragen, welche aus Anlaß der von der Beklagten gegen die Klage erhobenen Einreden zu prüfen sind, eingehend zu behandeln, nämlich:

1) Die Handlungs- und Gerichtsstandsfähigkeit eines Comités (§ 3—8),
2) das angebliche Erforderniß eines Vermögensinteresses des Gläubigers an der Ausführung eines von ihm geschlossenen Vertrages (§ 9—19),
3) die richtige Begrenzung des Begriffs der höheren Gewalt (§ 20, 21).

I. Handlungs- und Gerichtsstandsfähigkeit der Klägerin.

A. Die gegnerische Auffassung.

§ 3.

In dem ersten in dieser Sache ausgestellten Gutachten von Heusler ist die Handlungs- und Gerichtsstandsfähigkeit der Klägerin noch nicht beanstandet worden, der Verfasser desselben räumt diese vielmehr ausdrücklich ein, indem er nur das Dasein eines rechtlich verfolgbaren Interesses in Abrede S. 14.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. stellt. Die Bemängelung derselben geschieht erst im Renaud'schen Gutachten, mit dem das von Brocher und die Rechtsausführungen des Anwalts der Beklagten im Wesentlichen übereinstimmen, so daß wir uns hier auf Wiedergabe des ersteren beschränken dürfen.

Der Verfasser beginnt seine rechtliche Beurtheiluug der vorliegenden Streitsache mit der Frage, ob überhaupt eine klagberechtigte Persönlichkeit vorhanden sei. Die Klage erfordere die Prüfung des Subjects, in dessen Namen geklagt werde, und die Erörterung, ob demselben Gerichtsfähigkeit zukomme. Die Klage sei angestellt im Namen des interkantonalen Vorbereitungscomités der Gäubahn durch dessen Executiv-Ausschuß auf Grund einer demselben von jenem Comité ausgestellten Prozeßautorisation. Dieses Comité sei hervorgegangen aus dem Initiativcomité, letzteres sei wiederum durch die Initiativ-Gesellschaft zur Vollziehung ihrer Beschlüsse gewählt worden, es bedürfe daher vor Allem einer Untersuchung und Festsetzung der Natur und Stellung dieser drei Vereine.

Indem wir uns mit Renaud zunächst der Initiativ-Gesellschaft zuwenden, betrachten auch wir es als zweifellos, daß dieselbe weder eine Actien-Gesellschaft, noch irgend eine andere juristische Person bildet; wir halten es daher nicht für erforderlich, die Gründe wieder zu geben, mit denen Renaud diese Behauptung rechtfertigt.

Die Initiativ-Gesellschaft, fährt Renaud dann weiter fort, war aber nicht einmal eine gewöhnliche Gesellschaft (societas privata) im civilrechtlichen Sinn, denn letztere ist ihrem Wesen nach ein geschlossener Verein, erstere aber war eine Verbindung von ungeschlossener Mitgliederzahl, da jeder Inhaber der nach § 4 der Statuten zum Zweck der Deckung der vorläufigen Unkosten ausgegebenen Gründungsactien zu
S. 15 5 Fr. nach Art. 21 Mitglied der Gesellschaft werden sollte, die Zahl der Actien aber nicht bestimmt war. Ob sie sich

als „Verein" im Sinn von § 1224 des Solothurnischen Civilgesetzbuches auffassen lasse, müsse als zweifelhaft bezeichnet werden, denn derselbe werde dort definirt als eine Verbindung mehrerer Personen zur Verfolgung eines „wissenschaftlichen, künstlerischen, oder sonst gemeinnützigen oder geselligen Zweckes", darunter passe aber nicht eine Gesellschaft, deren Zweck die Gründung einer definitiven Baugesellschaft sei. Sonach sei dieselbe weder fähig gewesen, auf ihren eigenen Namen Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, noch als solche Prozesse zu führen. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Ganz dasselbe gelte in noch höherem Maße vom Initiativcomité, da dasselbe von der Initiativ-Gesellschaft lediglich zur Vollziehung ihrer Beschlüsse gewählt worden sei und als bloßes Organ derselben keine Prozesse führen könne. Auch die rechtliche Stellung des interkantonalen Vorbereitungscomités der Gäubahn sei keine andere, denn wenn dasselbe auch für einen erweiterten Zweck ins Leben gerufen worden sei, so habe doch das Initiativ-Comité daneben fortbestehen sollen. „Als eine Erweiterung des Initiativ-Comités war sonach das interkantonale Comité ein Organ der Initiativ-Gesellschaft, deren ursprünglicher Zweck in einer allerdings sehr eigenthümlichen Weise nicht durch Gesellschaftsbeschluß, sondern eigenmächtig durch das Initiativ-Comité ausgedehnt worden war . . . Als Organ einer anderweitigen Gesellschaft erscheint aber das interkantonale Comité weder als eine juristische Person, noch sonst als ein selbständiger Verein. . . Denn soll zwar ein Comité, der Ausschuß einer Gesellschaft, für die Vereinszwecke thätig sein, so sind diese Zwecke selbst weder diejenigen des Comités als solchen, noch diejenigen der Comitémitglieder in dieser ihrer Eigenschaft. Das interkantonale Comité konnte denn auch als solches nicht klagen, S. 16. weil ihm die juristische Persönlichkeit abging. Es konnten aber ebensowenig die Comitémitglieder als solche in der Eigenschaft als Mitkläger oder active Streitgenossen auftreten,

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. weil sie als Mitglieder eines Organs der Initiativ-Gesellschaft keine eigenen Interessen hatten."

Das Gutachten wendet sich sodann der Betrachtung der von diesem Comité entfalteten Thätigkeit zu. Es habe sich weiter organisirt, wie wenn es einen selbständigen Verein gebildet hätte, aus seiner Mitte einen weitern und engern Ausschuß, sowie für die Besorgung der laufenden Geschäfte ein Executivcomité bestellt, Eisenbahnconzessionen erlangt, ohne daß dabei von der Initiativ-Gesellschaft die Rede gewesen sei, mit der Centralbahn einen Vertrag abgeschlossen, in dem beide Theile als „Paciscenten" bezeichnet worden seien, und bei welchem lediglich die Ratifikation durch das interkantonale Comité vorbehalten, der Initiativ-Gesellschaft und beziehungsweise anderer Auftraggeber keine Erwähnung gethan worden sei, darin die erlangten Eisenbahnconzessionen abgetreten und sich zur Aufbringung eines Drittheils des Baukapitals verpflichtet. Nach allem diesem lasse sich nicht leugnen, daß im Verlauf der Dinge das interkantonale Comité nicht mehr als Comité oder Organ einer Gesellschaft, sondern als ein selbständiger Verein mit corporativer Organisation aufgetreten sei. Inwiefern diese mindestens scheinbare Umwandlung eine berechtigte gewesen sei, vermöge er, Referent, nicht zu beurtheilen, jedenfalls sei das Comité dadurch keine juristische Person geworden, ja es könne nicht einmal als Gesellschaft oder Verein im juristischen Sinne gelten, da es keine selbständigen Zwecke verfolgt habe, sondern ein mit Vertretung fremder Interessen betrautes Organ geblieben sei, wie sich dies aus dem Art. 13 des zwischen beiden Streittheilen abgeschlossenen Vertrages ergebe, in dem es heiße: „es bleibe das
S. 17. interkantonale Vorbereitungscomité bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages im Amte" — von einer Gesellschaft könne man nicht sagen, sie bleibe „im Amte".

Sonach habe das interkantonale Comité nicht, wie es bei der vorliegenden Klage geschehen sei, als Klägerin auf-

treten, als solches nicht seinem Executivausschuß Prozeßautori- XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
sation ertheilen, und dieser nicht die erlangte Vollmacht auf einen Anwalt übertragen können. Weder der Wille der Mitglieder einer Verbindung, noch die Anerkennung von Seiten anderer Personen sei im Stande, den Mangel der selbständigen Persönlichkeit und der dadurch bedingten Gerichtsstandsfähigkeit zu heben, Klägerin könne sich mithin auch nicht darauf berufen, daß sie in dem Vertrage mit der Centralbahn von ihr als „Mitpaciscentin" anerkannt worden sei.

Das Gutachten wirft dann die Frage auf, ob die Mitglieder des Comités nicht als „Einzelne, als Mitkläger oder active Streitgenossen" klagen könnten, und verneint dieselbe aus dem Grunde, weil die einzelnen Mitglieder als solche im Gegensatz zu ihrer Eigenschaft als Vertreter der Gesellschaft, deren Organ sie bildeten, weder Interessen hätten, noch verfolgt hätten, da die Klage im Namen des interkantonalen Comités als einer Einheit angestellt worden sei, deren einzelne Mitglieder dabei in keiner Weise hervortreten.

B. Beurtheilung.

§ 4.

Praktische Consequenz der gegnerischen Theorie.

Kann ein Comité aus einem von ihm abgeschlossenen Vertrage klagen? Darauf antwortet die gegnerische Theorie mit Nein, denn ein Comité ist keine juristische Person — was vollkommen richtig ist — sondern nur eine Mehrheit von physischen Personen, welche sich die Vertretung und Verfolgung der Interessen anderer hinter ihnen stehender Personen zur S. 18.
Aufgabe gestellt hat; nur letztere sind klagberechtigt, nicht das Comité, denn die Interessen, welche dasselbe mittelst der Klage verfolgen würde, sind nicht die eigenen, sondern fremde.

Versuchen wir, wohin wir mit einer solchen Theorie gelangen würden. Ich greife einen Fall aus den Erinnerungen

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. meines eigenen akademischen Lebens heraus. Im Jahre 1837 wurden die bekannten sieben Göttinger Professoren, welche gegen die Aufhebung des hannoverschen Staatsgrundgesetzes durch König Ernst August protestirt hatten, ihres Amtes enthoben und des Landes verwiesen. Dasselbe geschah im Jahre 1852 durch die dänische Regierung verschiedenen Professoren der Universität Kiel. Zur Unterstützung derselben bildete sich in beiden Fällen ein Centralcomité, welches zur Errichtung von Spezialcomités und zur Einsendung von Beiträgen aufforderte. Die eingegangenen Gelder wurden von dem Centralcomité, soweit sie den augenblicklichen Bedarf überstiegen, bei einem Banquier verzinslich angelegt. Angenommen, das Comité hätte sich genöthigt gefunden, letzteren zu verklagen, wie hätte der Richter zu erkennen gehabt? Ich bediene mich der Worte des Renaud'schen Gutachtens: die Klage hätte „von Amtswegen abgewiesen werden müssen, da Verhandlung und Urtheil auf eine solche Klage an einer unheilbaren Nichtigkeit leiden würden. Renaud, Civilprozeß (2. Aufl.) Seite 119 zu Note 22 und 23". Ein Comité, würde der Richter mit diesem Gelehrten gesagt haben, kann als solches keine Klage erheben, denn es ist keine juristische Person, ein Comité ist nichts als eine Collectivbezeichnung für die einzelnen Comitémitglieder — was beides vollkommen richtig ist — hat es einen Vertrag abgeschlossen, so hat es dies nicht für sich, sondern für seine Committenten gethan; mögen letztere selber klagen oder dem Comité Vollmacht geben, ohne diese Vollmacht ist letzteres nicht klagberechtigt.

S. 19. Also alle die vielen Zeichner von Beiträgen aus allen Theilen Deutschlands hätten in jenem Fall selber Klage erheben oder erst Vollmacht ertheilen sollen, und die Beiträge aller derjenigen, welche sich dieser zeit- und kostspieligen Weitläufigkeit nicht hätten unterziehen wollen, hätte der Banquier einfach einstreichen können? Und das sollte Rechtens sein? Ein solches Urtheil würde einen Schrei der Entrüstung in

ganz Deutschland hervorgerufen haben, und meines Erachtens mit vollem Recht! Dem Juristen, der dasselbe mit Berufung auf die Grundsätze der Jurisprudenz hätte vertheidigen wollen, würde das einfache natürliche Gefühl des Volkes entgegengesetzt haben: wenn Eure Jurisprudenz zu so haarsträubenden Resultaten führt, so ist sie im innersten Grunde faul und verderbt, und es wird Zeit, daß derselben ein Ende gemacht, und die angebliche Wissenschaft ihrer angemaßten Autorität entsetzt wird. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Aber die Sache steht gottlob anders! Es bedarf nicht einer Aenderung der Grundsätze der Jurisprudenz, sondern nur einer richtigen Anwendung derselben — die Jurisprudenz stimmt in diesem Punkt mit dem natürlichen Rechtsgefühl und den Anforderungen des Lebens vollständig überein.

Es soll meine Aufgabe sein, die in diesem Prozeß von der gegnerischen Seite bestrittene Handlungs- und Gerichtsstandsfähigkeit eines Comités theoretisch zu begründen. Ueber die praktische Unentbehrlichkeit derselben werde ich nach der Exemplificirung an dem obigen Fall kaum noch nöthig haben ein Wort hinzuzufügen. Sie bildet in der That ein unerläßliches Postulat unseres heutigen Lebens. Ohne sie würde der Gemeinsinn und die Humanität nach einer ihrer wirksamsten Seiten zur Unthätigkeit verdammt sein, und der Staat würde sich selber in unverantwortlicher Weise des mächtigsten Bundesgenossen in der Verfolgung gemeinnütziger Zwecke berauben; und wäre es wahr, daß das bisherige Recht daran die Schuld S. 20.
trüge, so würde darin für ihn der dringendste Anlaß liegen, dieser Unvollkommenheit des Rechts durch einen Akt der Gesetzgebung sofortige Abhülfe zu gewähren. Er hat es, wie jetzt gezeigt werden soll, nicht nöthig!

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

II. Theoretische Begründung der Handlungs- und Prozeßfähigkeit eines Comités.

A. Begriffsbestimmung eines Comités.

§ 5.

Was ist ein Comité? Der Sprachgebrauch versteht unter diesem Ausdruck eine Mehrheit von Personen, welche sich die Vertretung und Ausführung von Bestrebungen einer andern größern Mehrheit von Personen zur Aufgabe gesetzt hat. Hinter dem Comité stehen also stets andere Personen, denen dasselbe sich zur Verfügung stellt, der juristische Charakter desselben besteht in der Stellvertretung einer größeren Zahl denselben Zweck verfolgender Personen durch eine kleinere Zahl, immer aber mehrere Personen. Wie aber die Stellvertretung im Verhältniß des Einzelnen zum Einzelnen doppelter Art sein kann: eine beauftragte (mandatum) und eine unbeauftragte (negotiorum gestio), so auch in diesem Verhältniß. Hat sich eine Mehrheit von Personen vereinigt zur Verfolgung eines bestimmten, sei es privaten oder öffentlichen, egoistischen oder gemeinnützigen Zwecks, so pflegt dieselbe aus ihrer Mitte zur Erleichterung und Vereinfachung der Geschäftsführung einen Ausschuß, ein Comité zu bestellen (Wahlcomité), das also zu ihnen in juristischer Sprache ausgedrückt im Mandats-
S. 21. verhältniß steht. So wie aber ein Einzelner auch ohne Auftrag (als negotiorum gestor) die Geschäfte eines Anderen führen kann, so auch ein Comité (Initiativcomité). Der erste Anstoß und die erste Anregung zur öffentlichen Verfolgung gewisser gemeinnütziger Zwecke, z. B. für die Unterstützung einer durch Unglücksfälle betroffenen Gegend oder von durch Willküracte der Regierung entlassenen Beamten, für Anlegung einer Eisenbahn u. a. m. geht in der Regel von einem derartigen aus eigener Initiative ins Leben tretenden Comité aus. Indem dasselbe den Namen eines Comités annimmt, erklärt es damit, daß es den persönlichen Mittelpunkt

abgeben will für alle auf denselben Zweck gerichteten Be- XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
strebungen. Der nothwendig damit verbundene Schritt ist die öffentliche Aufforderung zur Betheiligung an dem Unternehmen.

Wenn wir diese Art der Bildung eines Comités unter den Gesichtspunkt der negotiorum gestio bringen, so geschieht es nur im Sinne einer bloß *factischen* Parallele, denn von einem *Rechts*verhältniß zwischen dem Comité und den zur Zeit noch gar nicht existirenden, völlig unbestimmten Mitgliedern des künftigen Vereins kann selbstverständlich nicht die Rede sein. Ein Rechtsverhältniß zwischen beiden Theilen bildet sich erst durch Beitritt der Mitglieder, und zwar ist dasselbe, wie unten (§ 6) gezeigt werden soll, unter den Gesichtspunkt des Mandats zu bringen.

In welcher Art nun auch das Comité sich bilden möge, ob aus eigener Initiative oder durch Wahl von Seiten einer bereits vorhandenen Vereinigung, der rechtliche Charakter ist in beiden Fällen ganz der gleiche: ein Comité ist nichts als eine Collectivbezeichnung für die einzelnen Mitglieder desselben. Anstatt jedes Mal die einzelnen Personen, welche dasselbe bilden, aufzuführen, bezeichnet man sie kurzweg als Comité. Wer einem Comité eine Zusendung macht, macht sie den einzelnen Mitgliedern und zwar für den bestimmten Zweck, für S. 22.
den sie sich als Comité vereinigt haben, er erspart sich, indem er seinen Brief oder seinen Beitrag an das „Comité" adressirt, ein Doppeltes: einmal die Aufzählung sämmtlicher Personen, die dasselbe bilden, — und zweitens die Angabe des Zwecks, für den er die Zusendung macht, beziehungsweise die Hinzufügung des Vorbehalts, daß sein Beitrag nur programmmäßig verwandt werden solle, — das vom Comité veröffentlichte Programm enthält für jedes dem Verein beitretende Midglied die lex contractus, aus der es eventuell Klage auf programmmäßige Verwendung des Beitrages oder Rückgabe erheben kann.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

B. Rechtsstellung des Comités.

1. Interne Seite

§ 6.

In Bezug auf die Rechtsstellung des Comités, d. h. also dem obigen nach die der einzelnen Mitglieder, welche dasselbe bilden, haben wir zwei Seiten von einander zu unterscheiden: die interne und die externe. Erstere betrifft zunächst die Rechtsstellung der einzelnen Mitglieder des Comités zu einander und sodann die zu ihren Committenten, letztere die zu allen denjenigen Personen, mit denen sie in rechtliche Beziehung treten.

1. Rechtsverhältniß der Mitglieder des Comités unter einander.

Dasselbe kann ein Societätsverhältniß sein, braucht es aber nicht zu sein. Ersteres ist der Fall, wenn mehrere Mitglieder sich unter einander zu gewissen Leistungen, seien sie ökonomischer oder persönlicher Art, rechtlich verpflichtet haben. Wo dies nicht geschehen ist, ist das Verhältniß lediglich factischer Art, ganz so wie die Verabredung Mehrerer zu einem gemeinsamen Spaziergang oder zu dem Besuch eines Theaters; jedes Mitglied kann sich der zugesagten Mitwirkung vorübergehend oder dauernd enthalten und jeder Zeit seinen
S. 23. Austritt erklären, ohne daß sich daran rechtliche Folgen knüpfen, insofern nicht, was hier nicht zur Frage steht, die Voraussetzungen zu einer actio doli gegeben sind.

2. Rechtsverhältniß zu den Committenten.

Dasselbe ist stets als Mandat zu bezeichnen. Die Anwendung der Grundsätze der negotiorum gestio auf das Verhältniß eines Initiativcomités ist dadurch ausgeschlossen, daß die künftigen Committenten zur Zeit noch gar nicht als solche existiren. Erst durch Beitrittserklärung, Einsendung von Beiträgen, Zeichnung von Aktien u. s. w., kurz durch einen concreten Akt, durch den sie ihre Betheiligung ausdrücken,

treten sie zum Comité in Beziehung. Mit diesem Moment aber, wo die Voraussetzung der negotiorum gestio in ihrer Person gegeben wäre, weil sie sich als „Betheiligte" kund geben, ist wiederum die zweite Voraussetzung der negotiorum gestio: Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag hinweggefallen, denn das Comité handelt fortan für sie nicht ohne ihr Wissen und Wollen, sondern in ihrem Auftrage. Wird nach erfolgtem Beitritt, an Stelle des Initiativcomités ein anderes gewählt oder wird letzteres in seinem Amte bestätigt, so tritt nun an die Stelle des stillschweigenden Mandats ein ausdrückliches, nicht bloß für die Majorität, sondern auch für die Minorität und die später Beitretenden. Das Verhältniß eines Comités zu seinen Committenten ist daher stets das des Mandats. Würde das Comité die eingegangenen Beiträge nicht programmmäßig verwenden, so würde daraus jedem Committenten die actio mandati zustehen, womit electiv die condictio ob causam datorum auf Rückgabe des gegebenen Beitrages concurriren würde. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Die Beklagte und Renaud bezeichnen die Stellung des Comités zu seinen Committenten als die eines Organs, S. 24. und ich finde, so sehr ich auch der Theorie, der diese Bezeichnung zur Grundlage dienen soll, entgegen zu treten genöthigt bin, doch gegen sie selber nichts einzuwenden. Das Comité ist das Organ seiner Committenten — nicht mehr und nicht minder, als der Mandatar das des Mandanten, beide sollen den Willen einer andern Person oder anderer Personen ausführen. Auch gegen den Ausdruck „Amt" in Anwendung auf ein Comité, den die Beklagte für ihre Sache glaubt verwerthen zu können, finde ich nichts einzuwenden, er bezeichnet eine dauernde Vertretung fremder Interessen, und unsere Sprache wendet ihn bekanntlich nicht bloß auf die Vertretung öffentlicher Interessen durch Staats- oder Communalbeamte an, sondern auch auf die von Privatinteressen durch Vormünder („Amt des Vormundes").

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Die hier entwickelte Auffassung lehnt sich in Bezug auf die gebrauchten Begriffe an das römische Recht an, aber sie ist von der praktischen Geltung desselben völlig unabhängig, denn sie operirt nicht mit positiv römischen, sondern mit allgemein gültigen juristischen Begriffen, sie erschließt nur die mit dem Verhältniß selber gegebene juristische Natur desselben. Ganz dasselbe gilt auch von der folgenden Entwickelung, sie beansprucht eine von der positiven Geltung des römischen Rechts völlig unabhängige Wahrheit. Beide stützen ihre Geltung darauf, daß ein Jurist, der das Verhältniß juristisch betrachtet, zu einer andern Auffassung nicht gelangen *kann*, daß dieselbe *unabweisbar* ist — unabweisbar nicht darum, weil unsere moderne, in der Schule der römischen groß gewordene Jurisprudenz sich die Begriffe der römischen angeeignet und sich gewöhnt hat in deren Weise zu denken, sondern weil die römische Jurisprudenz in den Begriffen, die wir hier von ihr entlehnen, nur dasjenige in Gestalt des Begriffs *juristisch* zum Ausdruck gebracht hat, was in dem *Willen* der Partei und dem *Zweck*, auf den er gerichtet ist, *thatsächlich* enthalten ist.

S. 25.

2. Externe Seite.

§ 7.

Unser Recht kennt bekanntlich zwei Wege oder Formen, in denen ein Vertreter fremder Interessen für den Vertretenen nach außen hin juristisch thätig werden, d. h. Rechtsgeschäfte abschließen kann: die der *mittelbaren* und der *unmittelbaren* Stellvertretung. Erstere besteht darin, daß der Stellvertreter (ich nenne ihn *Ersatzmann*) das Geschäft auf eigenen Namen abschließt, ganz als ob er es für sich bezweckte, so daß mithin die Zweckbeziehung desselben auf den Herrn, wenn sie immerhin dem Dritten auch bekannt, vielleicht ihm sogar mitgetheilt worden sein mag, doch für dessen Rechtsstellung juristisch gar nicht in Betracht kommen soll. Hier wird der Vertragschließende dem Dritten gegenüber

ganz so berechtigt und verpflichtet, als ob er das Geschäft für XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. sich selber abgeschlossen hätte, und es bedarf erst eines besondern Aktes zwischen ihm und dem Geschäftsherrn, um die Wirkungen activ und passiv auf ihn zu übertragen. Dies war in Rom die ursprüngliche und lange Zeit die ausschließliche Form der Stellvertretung. Ihrer hatte sich auch der Vormund zu bedienen, wenn er für den abwesenden oder noch im Kindesalter sich befindenden Mündel einen Contract abschließen wollte.

Neben dieser mittelbaren Form der Stellvertretung, und ohne sie aus dem Gebrauch des Lebens zu verdrängen, hat nun das neuere römische Recht noch eine zweite Form: die unmittelbare oder die Stellvertretung im engern Sinne aufgebracht. Sie besteht darin, daß der Stellvertreter das Geschäft nicht als eigenes, sondern als das des Geschäftsherrn oder wie der Jurist sagt: im Namen desselben abschließt, wodurch dann letzterer sofort und unmittelbar allein berechtigt und verpflichtet wird.

Einer weiteren Ausführung dieses jedem Juristen ge- S. 26. läufigen Gegensatzes kann ich mich hier enthalten, es genügt die Bemerkung, daß derselbe, wenn auch im römischen Recht zuerst zur Klarheit herausgebildet, doch keineswegs etwas positiv Römisches ist, sondern eine allgemeine Wahrheit und Anwendbarkeit besitzt. Welche der beiden Formen die Parteien im einzelnen Fall zur Anwendung bringen wollen, ist Sache ihrer freien Wahl und daher im einzelnen Fall zu untersuchen. Daß es dabei nicht bloß auf die Worte ankommt, ob nämlich der Vertrag ausdrücklich auf den Namen des Mandanten oder Mandatars gestellt ist, sondern daß der Wille mit aller wünschenswerthen Klarheit sich auch aus den Umständen ergeben kann, m. a. W. daß die Willenserklärung in Bezug auf diesen Punkt sowohl eine stillschweigende als ausdrückliche sein kann, steht außer Zweifel. Es ist also eben so wohl der Fall möglich, daß der Man-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. datar als Stellvertreter anzusehen ist, obschon er bei Abschluß des Vertrages den Namen seines Mandaten gar nicht genannt hat wie z. B. das Dienstmädchen, welches regelmäßig für ihre Herrschaft beim Kaufmann Waaren holt, oder der dem Kunden von früher her bekannte Handlungsreisende, der von ihm neue Aufträge entgegen nimmt, wie umgekehrt der Fall, daß der Mandatar als Ersatzmann anzusehen ist, obschon der andere Theil nicht bloß weiß, für wen derselbe contrahirt hat, sondern der Mandatar ihm dies selber mitgetheilt hat. Der Kommissionär im Sinne unseres deutschen Handelsgesetzbuches (Art. 360) bleibt Kommissionär und „wird durch die Geschäfte, welche er mit Dritten abschließt, allein berechtigt und verpflichtet", obschon er dem Dritten mitgetheilt hat, in wessen Auftrage er das Geschäft abschließt, ebenso im gleichen Fall der Spediteur (Art. 379).

Machen wir davon die Anwendung auf das hier zur Frage stehende externe Verhältniß eines Comités — welchen
S. 27. letzteren Ausdruck wir, nachdem wir einmal erklärt haben, daß wir darunter nur die einzelnen Mitglieder verstehen, fortan der Kürze wegen beibehalten werden — so steht dem Comité für seine Verträge mit dritten Personen ebenfalls eine doppelte Form zur Wahl: Abschluß derselben auf eigenen Namen und auf Namen seiner Committenten. Wählt es die erstere, so wird es selber berechtigt und verpflichtet, wählt es die zweite, so werden es letztere. Aber die abstract vorhandene Möglichkeit der Wahl wird hier durch die obwaltenden Verhältnisse praktisch so gut wie ausgeschlossen, denn der Benutzung der Stellvertretungsform stellen sich Schwierigkeiten in den Weg, welche die Wahl dieser Form nahezu als widersinnig erscheinen lassen. Wer wird mit einem Comité contrahiren, wenn er gewärtigen muß, daß dasselbe ihm hinterher bei Erhebung seines Anspruches den Einwand entgegen setzen darf: wir haben als „Comité" mit Dir contrahirt d. h. nicht auf unsern eigenen Namen, sondern auf den unserer Com-

mittenten, nicht wir haften, sondern letztere; wenn Du klagen willst, hier sind unsere Listen, suche sie dir aus ganz Deutschland oder Europa zusammen! Und wie gar bei einem Initiativcomité, dessen Aufforderung zur Bildung einer Gesellschaft gar keine Folge gehabt hat? Hier würde die Antwort lauten: wir bedauern, daß die Committenten, die wir erhofften, sich nicht eingefunden haben, wir unsererseits haften für nichts, nicht für das Lokal zu unseren Sitzungen, das wir bei dir gemiethet haben, nicht für die Inserate und Programme, die wir bei Dir haben drucken lassen, wir haben Dich ja in Kenntniß gesetzt, daß wir nur als Initiativcomité d. h. auf Namen von zur Zeit noch unbekannten Dritten contrahiren wollten, suche Dir diese Dritten, wir unsererseits haben sie nicht finden können. XVIII. Jahrg Bd. XVIII.

Das ist die eine Seite des Bildes. Die andere betrifft die Frage von der Berechtigung des Comités. Wohin der Gesichtspunkt: nicht das Comité, sondern seine Committenten werden aus dem Vertrage berechtigt, führen würde, habe ich bereits oben (S. 103) an dem Fall der Deposition der eingegangenen Beiträge beim Banquier gezeigt: mögen die Contribuenten aus ganz Deutschland und Europa zusammen kommen und Klage gegen ihn erheben, mit dem Comité hat derselbe nichts zu schaffen, letzteres hat, um den Ausdruck der Beklagten zu gebrauchen, bloß als „Organ" contrahirt. S. 28.

Ich meine, der Richter müßte noch erst geboren werden, der darauf hin in beiden Fällen die Klage abweisen wollte, und thäte er es, so hätte er damit constatirt, daß er für das Irrenhaus reif wäre.

Ich gelange zu dem Resultat: ein Comité, das contrahirt, wird, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht ist, selber berechtigt und verpflichtet, d. h. juristisch ausgedrückt: es contrahirt nicht als Stellvertreter, sondern als Ersatzmann. Die entgegengesetzte Annahme schließt so unsinnige Consequenzen in sich, daß sie als mit der Erreichung

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. des Zweckes, den das Comité sich im Ganzen sowohl, wie bei Abschluß der einzelnen Verträge zur Aufgabe gesetzt hat, schlechterdings unverträglich verworfen werden muß. Der einzige Grund, der sich für dieselbe anführen läßt, besteht darin, daß das Comité sich als „Comité" bezeichnet und damit die Thatsache kund gegeben hat, daß es nicht für sich contrahire. So wenig aber die Kundgebung der Zweckbestimmung des Vertrages für eine dritte Person beim Commissionär oder Spediteur die eigene Berechtigung und Verpflichtung ausschließt, ebenso wenig bei dem Comité. Sie verträgt sich ebenso gut mit der Annahme, daß letzteres auf eigenen, wie mit der, daß es auf fremden Namen habe contrahiren wollen, bei einem Zweifel aber darüber, in welchem Sinn ein Ausdruck gebraucht sei, ist der dem Zweck des Geschäfts entsprechende zu Grunde zu legen.

S. 29. l. 67 de R. J. (50. 17): Quoqiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.

l. 12 de reb. dub. (35. 5) ... id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat,

l. 80 de V. O. (45. 1) ... quo res, de qua agitur, in tuto sit.

Wir haben also damit den Satz gewonnen: ein Comité, welches contrahirt, contrahirt im eigenen Namen.

Daraus ergibt sich, daß das interne Verhältniß des Comités zu seinen Committenten dem dritten Contrahenten gegenüber gar nicht in Betracht kommt. Mag es den ihm gewordenen Auftrag überschritten haben und dadurch seinen Committenten haftbar geworden sein oder seinen Anspruch auf Abnahme der Verpflichtungen gegen sie verwirkt haben, für sein Verhältniß dem Dritten gegenüber ist dies ohne allen und jeden Einfluß. Der Satz, daß das interne Verhältniß des Mandatars zu seinem Mandanten für seine externes Verhältniß zu seinem Contrahenten nicht die geringste Wirkung

äußert, weder eine vortheilhafte, noch eine nachtheilige, gehört zu den bekanntesten und unbestrittensten Grundsätzen des ganzen Rechts, jedes weitere Wort darüber wäre ein verlorenes. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Kommen wir nun zum Schluß, so fassen wir das Resultat unserer bisherigen Ausführungen in folgende Sätze zusammen. Klage eines Comités ist Klage derjenigen einzelnen Mitglieder, die dasselbe bilden, und so lange der Satz nicht aufgehoben ist, daß mehrere Personen als Streitgenossen gemeinschaftlich eine Klage erheben können, ist nicht abzusehen, warum dies nicht auch von Seiten derjenigen mehreren Personen sollte geschehen können, welche sich bei Abschluß des Vertrages als „Comité" bezeichnet haben. Dem Abschluß eines und desselben Vertrages von Seiten mehrerer Personen legt das Recht nicht das mindeste Hinderniß in den Weg, eben so wenig der gemeinsamen klagweisen Verfolgung ihrer Ansprüche aus demselben. S. 30. Und so wie eine einzelne Person für eine einzelne einen Vertrag im eigenen Namen abschließen kann (Ersatzmann), eben so auch mehrere für mehrere. Ob diese mehreren Personen sich dabei als „Comité" bezeichnen d. h. kund geben, daß sie den Vertrag nicht im eigenen persönlichen Interesse abschließen, ist für die Beurtheilung des Vertrages wie der Klage ebenso gleichgültig, als wenn eine einzelne Person dasselbe gethan, d. h. sich als Ersatzmann für einen Anderen bezeichnet, den Vertrag aber im eigenen Namen abgeschlossen hat. Die Statuirung der Handlungsfähigkeit (Vertrags- und Prozeß- oder Gerichtsstandsfähigkeit) eines Comités ist nichts als die Anwendung des Begriffs der Handlungsfähigkeit auf den Fall mehrerer handelnder Personen.

3. Anwendung auf den gegenwärtigen Fall.

§ 8.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, daß die Vorgeschichte des interkantonalen Vorbereitungscomités der Gäubahn

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. und das Verhältniß, in dem dasselbe zu der Initiativgesell-
schaft und dem Initiativcomité stand oder steht, für die Be-
urtheilung der gegenwärtigen Streitsache ohne alle und jede
Bedeutung ist, und wir können alle Fragen, welche die „Ant-
wort" und die ihr beigefügten Gutachten in dieser Richtung
aufgeworfen haben, ruhig auf sich beruhen lassen. Ob die
Initiativ-Gesellschaft noch existirt, ob sie eine juristische Person
gebildet habe, ob das interkantonale Comité „eigenmächtig"
gehandelt habe — all diese Beziehungen des interkantonalen
Comités zu irgend welchen Personen außer ihm kommen für
den gegenwärtigen Prozeß ebenso wenig in Betracht als die
des Ersatzmannes zu seinem Mandanten. Mag der Ersatz-
S. 31. mann seinen Auftrag noch so sehr mißverstanden oder ihn
überschritten haben — für den Dritten, mit dem er contrahirt
hat, kommt dies gar nicht in Betracht. Für ihn handelt es
sich lediglich um die Frage: ist contrahirt oder nicht? die Be-
ziehung des Ersatzmannes zu seinem Mandanten ist ein rein
internes Verhältniß dieser beiden Personen. Mag es also
wahr sein, daß das interkantonale Comité seine Befugnisse
überschritten hat — es steht damit nicht anders, als wenn
der Ersatzmann es gethan hätte; die Beklagte hat es nur mit
dem Comité zu thun, alles andere geht sie nichts an. Nicht
ihre Sache ist es, eine Ueberschreitung des von dem ursprüng-
lichen Gäubahncomité ertheilten Auftrages Seitens der Klägerin
zu rügen, nicht ihre Sache zu prüfen, ob der ursprüngliche
Zweck, für den sich die Initiativgesellschaft und das Initiativ-
comité zusammengefunden hatten, erreicht ist — für sie handelt
es sich lediglich um einen Vertrag, den sie mit gewissen Per-
sonen, welche sich als interkantonales Comité bezeichnet haben,
abgeschlossen hat, und wenn diese Personen, wie es geschehen
ist, die Vollmacht zur Klage ertheilt haben, so ist letztere formell
nicht zu bemängeln. Um letztere von sich abzuwenden, müßte
sie den Nachweis führen, daß sie nicht mit dem interkantonalen
Comité als solchem, sondern als Vertreterin der Initiativge-

sellschaft oder des Initiativcomités contrahirt habe. Die Einsicht des Vertrages vom 16./18. Februar 1873 genügt, um das Gegentheil darzuthun, er trägt die Ueberschrift: „Vertrag zwischen dem Directorium der schweizerischen Centralbahngesellschaft, vertreten durch Hrn. Sulger, Präsident, und Hrn. Sailer, Director, und dem interkantonalen Vorbereitungscomité der Gäubahn, vertreten durch die Herren Landammann Vigier und Baumgartner." Nur die Ratification dieses Comités wird in Art. 21 desselben vorbehalten, nicht die der Initiativgesellschrft oder des Initiativcomités, was ja unerläßlich gewesen wäre, wenn das Comité im Namen der letzteren den Vertrag hätte abschließen wollen. Nur das interkantonale Comité tritt der Verklagten die erlangte Eisenbahnconzession ab und übernimmt die im Vertrage stipulirten Verpflichtungen, von den ihm vorhergehenden Vereinigungen ist nirgends die Rede. Und dem entspricht auch die thatsächliche Stellung desselben zu letzteren. Von Anfang an hat sich das gegenwärtige Comité als eine selbständige Vereinigung gerirt. Es hat sich gebildet ohne Auftrag der beiden vorhergehenden Vereinigungen, es hat die Conzessionen bei der Staatsbehörde nachgesucht, sich mit der Verklagten in Verhandlung eingelassen, einen Vertrag mit ihr abgeschlossen, ohne daß von einer Genehmigung jener beiden Vereine die Rede gewesen wäre. Der Vorwurf der „Eigenmächtigkeit", den die Beklagte erhebt, beweist gerade das, was er nicht soll: nämlich die Thatsache des durchaus selbständigen Handelns und Vorgehens des Comités ohne alle Beziehung auf die ihm vorausgegangenen Vereinigungen.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

S. 32.

Ist nun im Obigen (§ 7) der Beweis erbracht, daß ein Comité in dem dort von uns entwickelten Sinn (d. h. die einzelnen Mitglieder) contrahiren kann, sei es im eigenen Namen oder in dem seiner Committenten, und ergeben die Umstände des vorliegenden Falls, daß das Gäubahncomité nicht im Namen der Initiativgesellschaft oder des Initiativ-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. comités, sondern im eigenen Namen den obigen Vertrag abgeschlossen hat, so bedarf es keines weitern Wortes, daß demselben wie jedem andern Comité auch die Klage auf Ausführung des Vertrages zuzugestehen ist, ohne daß dabei sein Verhältniß zu den ihm vorangegangenen Vereinigungen in Betracht käme.

Dem Bisherigen nach trage ich daher keinen Anstand, die mir vorgelegte erste Frage:

> Muß nicht erklärt werden, daß das Gäubahncomité
> S. 33. rechtlich fähig war, den Vertrag abzuschließen, und deßhalb auch legitimirt ist, denselben klagend geltend zu machen?

als eine meines Erachtens völlig zweifellose zu bejahen.

Wäre diese Frage zu verneinen, statt zu bejahen gewesen, so hätte die mir für diesen Fall vorgelegte eventuelle Frage:

> Ist die Centralbahngesellschaft als Gegencontrahentin, welche beim Vertragsabschluß die rechtliche Stellung des Comités so gut kannte, wie sie dieselbe jetzt kennt.... zur Erhebung des Einwandes der mangelnden Vertrags- und Gerichtsstandfähigkeit befugt?

bejaht werden müssen, denn ein absoluter Mangel in der Person des einen Contrahenten kann durch Anerkennung von der andern Seite nicht gehoben werden; die Geltendmachung desselben fällt nicht unter den Gesichtspunkt einer Einrede, die der Kläger durch die Replik des Verzichtes zurückschlagen kann. Die Berufung auf Anerkennung der Handlungsfähigkeit der Klägerin von Seiten der Beklagten ist daher ohne allen Werth — existirt die Handlungsfähigkeit, so bedarf es der Anerkennung nicht, existirt sie nicht, so kann die Anerkennung sie nicht schaffen.

Dagegen ist diese Anerkennung in einer andern Richtung allerdings von Werth, nämlich in Bezug auf die Qualität, in der die Klägerin den Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen, daß sie es nämlich nicht gethan hat in Vertretung

der Initiativgesellschaft oder des Initiativcomités, sondern im eigenen Namen. Indem die Beklagte die Ratifikationsclausel auf die Klägerin und nicht auf jene beiden Vereinigungen stellte, hat sie jeden Zweifel darüber, welche der drei Vereinigungen sie sich als diejenige dachte, welche durch den Vertrag berechtigt und verpflichtet werden sollte, unmöglich gemacht, sie hat gewußt und gewollt, daß das interkantonale Comité im eigenen Namen contrahire. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

II. Die Interessenfrage. S. 34.

A. Die gegnerische Deduction.

§ 9.

Eine wesentliche nicht bloß durch das römische Recht, sondern durch den Zweck der Obligation selbst geforderte Voraussetzung der Obligation, sagt Heusler in seinem Gutachten, ist das pecuniäre Interesse des Gläubigers. Daran aber fehlt es im vorliegenden Fall, denn das Gäubahncomité (interkantonales Vorbereitungscomité der Gäubahn) als solches kann kein Interesse haben, weil es juristisch als Einheit d. h. als juristische Person nicht existirt. Es ist eine lose zusammengebrachte Vereinigung, eine Societas zum Zweck der Erreichung eines bestimmten Projects — hier des Projectes, gewissen Landesgegenden Eisenbahnen zu verschaffen. Für dieses Project haben sich die betreffenden, im Gäubahnkomité zusammengetretenen Männer persönlich interessirt und sich zu demselben vereinigt, um diesen persönlichen Interessen durch das Gewicht des Zusammenwirkens mehr Nachdruck zu geben. Dadurch aber ist die rechtliche Gestaltung der Dinge nicht verändert worden, nach wie vor sind es die persönlichen Interessen der einzelnen Mitglieder, welche allein in Betracht kommen, und zwar müssen dieselben, um rechtlichen Schutz beanspruchen zu können, ökonomische Bedeutung haben.

Ein solches pecuniäres Interesse des Gäubahncomités

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. würde vorhanden sein, wenn das Comité selbst Dritten gegenüber die Verpflichtung zur Erbauung der beiden Bahnlinien (Wasserfallenbahn und Bahn von Solothurn nach Schönbühl) unter einer Conventionalstrafe übernommen und dann mit der Centralbahn einen auf Ausführung des Baus gerichteten Vertrag abgeschlossen hätte. S. 35. Hier würde letztere im Fall der Nichterfüllung des Vertrages zweifellos die von dem Comité verwirkte Conventionalpön zu ersetzen haben. Die Berufung auf die Interessen der an dem Bau der Eisenbahn betheiligten Gegenden reicht nicht aus, diesen Mangel eines eigenen Interesses des Comités zu ersetzen, denn das sind eben fremde Interessen und als solche nicht geeignet in Form Rechtens durch das Comité verfolgt zu werden, ja man kann die Frage aufwerfen, ob sie nicht durch andere entgegengesetzte Interessen derselben Art aufgewogen werden. Das Bestreben, gewissen Landestheilen Eisenbahnen zu verschaffen, so lobenswerth es im Uebrigen sein mag, hat für das Gäubahncomité keinen ökonomischen Zweck, und somit ein bezüglicher Vertrag keinen ökonomischen Zweck.

Heusler verhehlt sich den Einwand nicht, den man gegen seine Deduction erheben kann. „Also fragt er, soll das gegebene Wort, der förmlich geschlossene Vertrag, die förmlich übernommene Verpflichtung keinen rechtlichen Werth mehr haben?“ Er antwortet: „gewiß soll sie das, aber nicht weiter, als ein im Recht schutzwürdiges und schutzbedürftiges Interesse zu wahren ist [2]). Es werden unzählige Vereinbarungen getroffen und Versprechen gegeben, deren sich das Recht nicht annimmt. Das Gäubahncomité kann sich nicht beklagen, daß es um ein ihm gebührendes Recht gebracht werde, weil es von Anfang an kein Recht hatte. Das Gäubahncomité hätte ein sicheres Mittel zur Verfügung gehabt, sich die Cenral-

2) Es ist dies die Fassung, die ich in meinem Geist des römischen Rechts (Theil III Abth. 1 § 61) dem Recht gegeben habe.

bahn rechtlich zu verpflichten; es hätte sich für den Fall des Rücktritts der Centralbahn von der Erbauung jener Bahnen eine Conventionalstrafe können versprechen lassen; Conventionalstrafen sind ja gerade das geeignete Mittel, um auf den andern Contrahenten einen Druck zu üben, wenn die ursprüngliche Verpflichtung nicht klagbar ist. Daß es auf keine Conventionalstrafe drängte, läßt daher geradezu darauf schließen, wie wenig es seine prekäre Stellung als Rechtspartei in dieser Sache verkannte; es mußte sich selbst sagen, daß es ihm nicht wohl anstehe, eine Conventionalstrafe für sich zu bedingen, da es selber nicht aus Sackpatriotismus, sondern zum Nutzen weiterer Kreise handelte und somit auch nicht einen möglichen Gewinn für sich selbst von Anfang an in Aussicht nehmen konnte". XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 36.

Nachdem Heusler die rechtliche Möglichkeit einer Vertretung der allgemeinen oder öffentlicheu Interessen an dem Bau der beiden Eisenbahnlinien durch das Comité in dieser Weise zurückgewiesen hat, wirft er eine Frage auf, die für den gegenwärtigen Prozeß kein Interesse hat, nämlich ob nicht die einzelnen Mitglieder des Comités ihr privates, persönliches Interesse an dem Zustandekommen der Eisenbahn geltend machen könnten. Wir sind ganz mit ihm darüber einverstanden, daß diese Frage zu verneinen ist, da, wie er richtig bemerkt, diese Interessen bei Abschluß des Vertrags nicht in Betracht standen, das Gäubahncomité vielmehr nicht eigennützige, sondern gemeinnützige Zwecke verfolgte. Da die von Seiten des Comités erhobene Klage diese individuellen Interessen der einzelnen Mitglieder gar nicht zum Gegenstande der Verfolgung gemacht hat, so scheidet dieser Punkt für unsere rechtliche Beurtheilung völlig aus.

Das Bedenken, welches Heusler der Klage entgegensetzt, besteht mithin kurz zusammengefaßt darin: die Interessen, für welche das Comité den Schutz des Gerichts anruft, sind keine eigenen, sondern fremde und zwar allgemeine, öffentliche In-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. teressen, die sich ins Unbestimmte verlieren. Für Heusler würde mithin die Sache nicht anders liegen, wenn statt des Comités eine einzelne physische Person den Vertrag abgeschlossen hätte.

S. 37. Das Gutachten von Renaud setzt dem Anspruch der Klägerin folgende Deduction entgegen.

Derselbe sei gerichtet auf Vollendung von Bahnstrecken, welche der Beklagten gehörten und von ihr auf eigene Rechnung betrieben werden sollten, die obligatorische Leistung bestehe also in einem facere des Schuldners für den Schuldner. Bei der Frage, ob hier der Stoff zu einem rechtsgültigen Forderungsrechte vorliege, müsse man davon ausgehen, daß

„das Forderungsrecht ein Recht auf eine fremde künftige „Handlung von Vermögenswerth ist, daß insbesondere also „die obligatio faciendi sich als ein Recht auf ein facere „des Schuldners darstellt, welches für den Gläubiger „einen Vermögenswerth hat.

Dies sei vom römischen Recht in mehreren Stellen (die wir später ins Auge fassen werden) anerkannt, und daran habe auch der Wegfall der Geldcondemnation des römischen Prozesses im heutigen Prozesse nichts geändert, da diese Einrichtung nicht Grund, sondern Folge jenes Princips gewesen sei.

Wenn das römische Recht zwar ausnahmsweise Obligationen ohne vermögenrsrechtliches Interesse des Gläubigers ex affectus ratione anerkannt habe, so seien dies Fälle singulärer Art gewesen, wie z. B. die Klage aus dem Versprechen der Manumission eines Sklaven, und wie diese Fälle eine analoge Ausdehnung nicht verstatteten, so seien sie auch für das heutige Recht ohne praktische Bedeutung.

Die neueren Gesetzgebungen gingen dem entsprechend übereinstimmend davon aus, daß zum Wesen eines Forderungsrechtes eine Leistung von Vermögenswerth gehöre, und daß, insbesondere bei den obligationes faciendi, das facere

einen pecuniären Werth für den Gläubiger haben müsse. XVIII Jahrg. Bd. XVIII.
Insbesondere gelte dies von dem französischen Civilgesetzbuch und auch von dem des Kantons Solothurn und von Bern.

Wenn sonach zum Wesen einer Obligation eine Leistung S. 38.
gehöre, welche für den Gläubiger einen pecuniären Werth habe, so sei das acceptirte Versprechen eines facere, das für den Creditor ohne Vermögenswerth sei, kein rechtsverbindliches. Im vorliegenden Falle handele es sich also lediglich um die Frage, ob der von der Centralbahn versprochene Bau und Betrieb der betreffenden Bahnstrecke für das interkantonale Comité einen pecuniären Werth habe.

Wie nun das Comité als solches nicht vermögensfähig sei, so könnte es auch kein pecuniäres Interesse an einer gegebenen Leistung und keinen Entschädigungsanspruch für den Fall der Nichterfüllung derselben haben. Als interessirt bei dem Bau der Bahn würde in der Klage nicht das Comité selber genannt, sondern die Gegenden, Gemeinden, welche durch dieselbe eine Eisenbahnverbindung erhalten sollten, und der Kanton Solothurn. Diesem Dritten aber habe sich die Centralbahn durch den Vertrag, welcher zwischen ihr und dem Comité als „Mitpaciscenten" ohne alle Bezugnahme auf Andere geschlossen wurde, nicht verpflichten wollen. Auch sei unerfindlich, wie das Comité oder dessen Mitglieder berechtigt sein sollten, die Interessen einzelner Gegenden sowie eines Kantons zu vertreten, da sie hiezu weder durch eine gesetzliche Stellung, noch durch erhaltenen Auftrag berufen seien. Bestehe das Comité zwar zu einem Theil aus Abgeordneten der Regierung von Solothurn so wie einer Anzahl von Gemeinden, so hatte diese Abordnung nur den Sinn einer Betheiligung bei demselben, nicht denjenigen eines Auftrages, für den Kanton und die betreffenden Gemeinden Verträge abzuschließen und Prozesse zu führen. Von pecuniären Interessen der Mitglieder des interkantonalen Comités am Baue und Betriebe der Bahn sei in der Klage nicht die Rede, sie seien nirgends

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 39. hervorgehoben oder auch nur einmal angedeutet, man werde also kaum fehlgreifen, wenn man behaupte, daß derartige Interessen nicht vorhanden seien. Auch sei ja das Comité von Anfang an nicht als Verein mit selbständigen Zwecken, sondern nur als „Organ" einer anderweitigen Gesellschaft aufgetreten.

Sonach sei das Comité, selbst wenn man die Gerichtsfähigkeit annehmen sollte, um deßwillen nicht klagberechtigt, weil es ihm an einem in der Person des Gläubigers erforderlichen pecuniären Interesse an der zugesagten Leistung fehle.

Zu den bisherigen Gründen fügt das Gutachten von Brocher noch folgenden hinzu. Oeffentliche Interessen seien nicht Gegenstand der Verfolgung durch eine Privatperson — letztere könne nur für sich selber in ihrem rein persönlichen Interesse einen Vertrag abschließen. Da nun das interkantonale Comité unter keinen Umständen die Qualität einer öffentlichen Person beanspruchen könne, so hätten öffentliche Interessen nicht Gegenstand seines Vertrages bilden können.

Der Anwalt der Beklagten faßt das Resultat seiner Rechtsausführungen in folgende Sätze zusammen:

1) Jede Obligation setze zu ihrer Rechtsbeständigkeit das Vorhandensein eines pecuniären Interesses auf Seiten des Gläubigers voraus.
2) Ein solches Interesse liege im gegenwärtigen Fall nicht vor.
3) Das hiernach zur Begründung einer rechtsbeständigen obligatio fehlende pecuniäre Interesse könne
   a) weder durch den gemeinnützigen Zweck, noch
   b) durch die Berufung auf Interessen Dritter, noch endlich
   c) durch die Berufung auf angebliche öffentliche Interessen ersetzt werden.
4) Diese Grundsätze seien nicht nur Grundsätze des gemeinen Rechts und von der Wissenschaft als maßgebend anerkannt, sondern sie hätten auch in alle neueren Gesetzge-

bungen und auch in das Solothurnische und Bernische Civilgesetzbuch Eingang gefunden. XVIII. Jahrg Bd. XVIII. S. 40.

Nur in Bezug auf Nr. 3 c. fügt die Antwort eine weitere Ausführung hinzu, deren Inhalt wir kurz referiren. Sie geht von dem Satz aus, daß zur Wahrung öffentlicher Interessen besondere Organe berufen seien, nicht beliebige Vereinigungen von Privatpersonen. Die Beiziehung von Delegirten der einzelnen Gemeinden und zweier Kantonsregierungen habe dem interkantonalen Comité einen öffentlich-rechtlichen Charakter und damit die Legitimation zur Wahrung öffentlicher Interessen nicht zu verleihen vermocht. Dieselben verdankten ihre Mitgliedschaft zum Comité nicht dieser ihrer Eigenschaft, sondern dem Besitz von Actien. Ein wie bedenkliches Ding es nicht selten mit den angeblichen öffentlichen Interessen sei, zeige sich im vorliegenden Fall, wo die Ausführung der Bahn den Ruin der Actionäre der Centralbahn herbeiführen und dadurch weit mehr Interessen schädigen als fördern würde. Als Vertreter derselben in Bezug auf das Eisenbahnwesen seien seit Erlaß des Gesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen lediglich und allein die Behörden des Bundes zu betrachten. Durch Uebertragung der Concession zum Bau der Gäubahn und der Wasserfallenbahn und erfolgte Genehmigung von Seiten des Bundes sei dem Bunde so Recht wie Pflicht zugefallen, die öffentlichen Interessen der Centralbahn gegenüber zu wahren. Das Comité könne nur die Intervention des Bundes nachsuchen, um gegen die Centralbahn diejenigen indirecten Zwangsmaßregeln in Anwendung zu bringen, welche dem Gesetz zufolge den Conzessionären gegenüber gestattet seien.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 41.

B. Prüfung und Widerlegung der gegnerischen Deduction.

1. Das angebliche Erforderniß des Vermögenswerthes obligatorischer Leistungen.

1. Legislative Würdigung.

§ 10.

In Bezug auf die gegnerischen Deduction haben wir zwei Behauptungen wohl von einander zu unterscheiden, die eine, in der sämmtliche vier Stimmen, welche sich in der Sache haben vernehmen lassen, übereinstimmen:

die Forderung muß für den Kläger ein Interesse haben, die zweite, welche sich nur bei Renaud und in der „Antwort“ findet:

die Forderung muß einen Vermögenswerth haben.

Ich kann die Bemerkung nicht unterdrücken, daß es mich überrascht hat, der letzteren Behauptung bei einem angesehenen Lehrer des deutschen Rechts zu begegnen. Unsere Wissenschaft verdankt die Irrlehre, welche sie in sich schließt, der Auffindung des echten Gajus, nämlich der durch ihn überlieferten Notiz (Gaj. IV 48), daß der römische Richter sein Urtheil habe auf Geld richten müssen. Den Juristen der s.g. historischen Schule gebührt das große Verdienst, jenen wichtigen in ihre Zeit fallenden Fund in rechtshistorischer Beziehung in fruchtbarster Weise verwerthet zu haben, aber eine unbefangene Beurtheilung wird ihnen den Vorwurf nicht ersparen können, daß sie im rechtshistorischen Eifer und in dem Bestreben, die gemachten rechtshistorischen Entdeckungen möglichst zu verwerthen, die Quellen nicht selten in einer Weise behandelt haben, als bildeten dieselben nicht den Gegenstand praktischer Anwendung, sondern gelehrter antiquarischer Forschung, und daß sie dabei Rechtssätze, die seit Jahrhunderten
S. 42. zur Anwendung gelangt waren, als wissenschaftliche Irrlehren einfach zur Seite geschoben haben. Das ist auch in Bezug auf die Frage von dem Vermögenswerth der obligatorischen

Leistung geschehen. Während unsere Praxis bis dahin das Erforderniß des Vermögenswerthes der eingeklagten Leistung meines Wissens durchaus nicht kannte und z. B. keinen Anstand nahm, eine Klage auf Vollziehung eines Verlöbnisses zu gewähren und eventuell auf eine Geldabfindung zu erkennen; während sie die Verträge über die Erziehung der Kinder in einer bestimmten Confession für verbindlich erklärte und bei Körperverletzungen einen Anspruch auf Schmerzensgeld zugestand, so gab die Notiz von Gajus jetzt den Anstoß, das Dogma vom Geldeswerth der Leistung in die praktische Jurisprudenz einzuführen, und eine Stelle der Pandekten: die von Renaud citirte l. 9 § 2 de statul. (40. 7): ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, mußte dazu dienen, demselben einen quellenmäßigen Anhalt zu liefern [3]). XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Bis dahin hatte meines Wissens kein Jurist von den Glossatoren an bis in unser Jahrhundert hinein in dieser Stelle diesen wichtigen Satz gefunden, sämmtliche Interpreten waren daran achtlos vorübergegangen, ohne die geringste Ahnung von dem eminent folgenreichen Inhalte zu haben, den sie angeblich in sich schließen soll.

In der Jurisprudenz der Gegenwart hat sich bereits ein Umschwung und die Rückkehr zu der Lehre der früheren Zeit angebahnt, und es gebührt insbesondere Windscheid (Pandekten II § 251 Anm. 3) das Verdienst, für dieselbe in die Schranken getreten zu sein [4]). S. 43.

---

3) Savigny, Obligationenrecht I S. 9 Note b. Puchta, Pandekten § 220 Note i. Arndts, Pandekten § 202 Anm. 3. Keller, Pandekten § 222. Brinz, Pandekten § 89, 92, 138. Ohne Benutzung der obigen Stelle schon vor den Genannten: Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht II § 460, Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen I § 103. Die Schriftsteller, welche später sich dieser Lehre angeschlossen haben, glaube ich übergehen zu dürfen, ich nenne nur noch Friedrich Mommsen, Zur Lehre vom Interesse S. 122 fl.

4) Außer den bei ihm genannten Schriftstellern, welche sich theils

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Bei dem gegenwärtigen Stande der Literatur und der Begründung, welche Windscheid und die von ihm Genannten der von ihnen vertretenen Ansicht gegeben haben, ist es mildest gesagt eine sehr bequeme Art, sich mit dieser Ansicht abzufinden, wenn Renaud a. a. O. sich auf die drei Worte beschränkt: „a. M. Windscheid".

Versuchen wir, wohin wir mit dem Dogma des Geldwerthes gelangen!

Ein Kellner macht sich in dem Vertrage mit dem Gastwirth aus, daß er die Sonntagnachmittage frei habe; ist der Vertrag gültig? Nein! Der freie Sonntagnachmittag hat für den Kellner, der ihn bloß dem Vergnügen zu widmen gedenkt, keinen Geldwerth, er bringt ihm so wenig Geld ein, daß er ihn umgekehrt wohl noch Geld kostet. Der Miether bedingt sich für sich und seine Kinder die Benutzung des zum Hause gehörigen Gartens aus, ist der Vertrag klagbar? Nein! Spielen und Spazieren hat keinen Geldwerth. Eine kränkliche Dame, die ihres Gesundheitszustandes wegen, um keine Unruhe im Hause zu haben, leer stehende Zimmer nicht vermiethet hat, versteht sich endlich nach längerem Bitten dazu, sie an einen Miether abzugeben, der ihr die äußerste Schonung zugesagt und insbesondere sich verbindlich gemacht hat nicht zu musiziren. Nachher zeigt es sich, daß es ein Klavierlehrer ist, der den ganzen Tag auf seinem Zimmer Unterricht ertheilt und
S. 44. die Nachtstunden zu eigenen Uebungen verwendet; braucht er den Vertrag zu halten? Nein! Gesundheit und Nachtruhe haben keinen Geldwerth!

Also das Vermögen ist das einzige Gut, welches das Civilrecht zu schützen hat? Alle andern Güter sind werthlose Dinge, um die der Richter sich nicht zu bekümmern braucht,

---

vor, theils nach ihm zu derselben Ansicht bekannt haben, siehe jetzt auch noch Baron, Pandekten § 208. Ich meinerseits hatte mich bereits vor dem Erscheinen des Windscheidschen Lehrbuchs in meinen Vorlesungen von der herrschenden Lehre losgesagt.

der Richter kennt nur die Interessen des Geldbeutels — wo der Geldbeutel aufhört, hört für ihn auch das Recht auf? XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Wir wollen diesen Standpunkt einmal acceptiren, aber wir verlangen consequente Durchführung desselben. Der Kellner, nehmen wir an, hatte sich verpflichtet, die Sonntagnachmittage im Geschäft zu bleiben, später reut es ihn, und er wird mit seinem Prinzipal einig, daß er ihm gegen Zahlung eines zur Gewinnung einer Aushülfe für ihn ausreichenden Betrages die Sonntagnachmittage frei gebe. Hat der Sonntagnachmittag keinen Werth für den Kellner? Er zahlt ja dafür. Der Miether im obigen Fall hat für die Wohnung 1000, für den Garten 100 Mark zu entrichten — hat der Garten für ihn keinen Geldwerth? Die Vermietherin im obigen Fall überläßt mit Rücksicht auf die Beschränkung, welche sie dem Miether auferlegt, die Zimmer, welche sonst einen Miethwerth von 50 Mark haben, für 40; hat sie ihre Ruhe umsonst? Alle diese Personen *bezahlen* das Gut, um das es ihnen zu thun ist, und sie haben, wenn der Vertrag von der andern Seite nicht erfüllt wird, auch nach den strengsten Rechtsgrundsätzen einen Anspruch auf Rückgabe des Gegebenen (condictio ob causam datorum).

Nun tritt allerdings die Thatsache, daß derartige contractliche Zusicherungen in Geld vergütet werden, nicht immer so klar und deutlich hervor, wie in den hier angenommenen Fällen; der Vertrag wird regelmäßig im Ganzen und Großen abgeschlossen, ohne daß alle die einzelnen Punkte speziell in Geld angesetzt würden, aber gleichwohl üben auch sie als S. 45. einzelne Factoren der vereinbarten Gesammtsumme ihren Einfluß aus, sie stecken in derselben und wiegen mit, ohne daß man sie als solche wahrnimmt. So gut wie der Käufer des Hauses den Garten mit zu Gelde anschlägt, obschon für beide zusammen nur ein einziger Preis verabredet worden ist, ebenso gut der Miether, beide *bezahlen* den Garten. Ebenso der Kellner im obigen Fall; denn wenn er sich den freien

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Sonntagnachmittag vorbehält, so bekommt er weniger Lohn, als wenn er auf ihn verzichtet.

Dieser wichtige Gesichtspunkt der effectiven, aber nicht als solche sichtbar werdenden Geldvergütung der vertragsmäßigen Präſtationen, dem ich mich nicht erinnere bei einem unserer heutigen Juristen bei Gelegenheit der obigen Frage begegnet zu sein, hatte sich der Beobachtung der römischen Juristen nicht entzogen. Schon Sabinus am Anfang der Kaiserzeit hatte ihn geltend gemacht, und Papinian, der, wie er selber gesteht, denselben früher außer Acht gelassen hatte, nahm keinen Anstand, mit Rücksicht auf ihn eine frühere Ansicht aufzugeben, woran Cujacius (Observ. II 27) den Stoßseufzer knüpft, daß sich das doch auch die modernen Juristen möchten zur Lehre dienen lassen. In l. 6 § 1 de serv. exp. (18. 7) wirft Papinian die Frage auf, ob der Verkäufer eines Sklaven gegen den Käufer einen Anspruch habe wegen Nichtbefolgung der ihm zur Pflicht gemachten besonders strengen und harten Behandlung desselben („propter poenam homini irrogatam"), und theilt mit, daß er die Frage früher aus folgendem Grunde verneint habe:

> viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non esset,

fügt dann aber hinzu:

> Sed in contrarium me vocat Sabini sententia. qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris
> S. 46. homo venisse videatur.

Darin ist der obige Gesichtspunkt mit aller wünschenswerthen Deutlichkeit ausgesprochen, und es ist kaum zu begreifen, wie die vielen Exegeten, welche die Stelle berührt und sie zum Gegenstand erbaulicher Betrachtungen über das von Papinian gegebene Beispiel der Wahrheitsliebe gemacht haben, sich diesen in dogmatischer Beziehung so außerordentlich wichtigen Satz haben entgehen lassen können. Die Lehre vom Geldwerth obligatorischer Leistungen hätte sonst eine ganz andere Gestalt

annehmen müssen. Gleichwie Auflagen pecuniärer Art den Werth des verkauften Gegenstandes verringern, und damit den Kaufpreis um so viel herabdrücken, XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

l. 24 de her. vend. (18, 4)

.... quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emtor,

thun es auch Auflagen nicht-pecuniärer Art, welche dem Käufer drückend sind. Ein concretes Beispiel gewährt die l. 10 de serv. exp. (18. 7), wo Jemand zwei Sklaven verkauft mit der Beschränkung: „ne alterius servitutem qnam Seji paterentur", also eine Beschränkung, die für den Verkäufer nicht den mindesten Vermögenswerth hatte, sondern lediglich aus persönlichem Wohlwollen gegen die Sklaven hinzugefügt war; aber das Wohlwollen hatte ihm, wie der Jurist hinzufügt, Geld gekostet: minerato pretio vendidit". Einen etwas anders gestalteten Fall, (Miethcontract als Nebenbedingung eines Kaufcontractes) behandelt Javolenus in l. 79 de contr. emt. (18. 1) und bemerkt dabei, daß Labeo und Trebatius die act. venditi auf Vollziehung des Nebenvertrages hatten versagen wollen, daß er selber aber anderer Ansicht sei:

Ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur, nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto S. 47.
venditus fuerat, eoque jure utimur.

Also im verminderten Kaufpreis steckt das Geldäquivalent des Nebenvertrages.

Was Javolenus noch als Bedingung hinstellt (si modo vilius vendidisti) hat bei Papinian die Gestalt des Grundes angenommen (quoniam hoc minoris homo venisse videatur). Und gewiß mit Recht. Denn der Betrag, um den die Partei die Beschränkung veranschlagt hat, tritt im Vertragsabschluß selber nur in den seltensten Fällen speciell als solcher hervor, die Auflage des Beweises

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. würde mithin den Anspruch in den meisten Fällen illusorisch machen.

Wenn das nun richtig ist, was Papinian lehrt — und die oberflächlichste Kenntniß des Lebens genügt, um sich davon zu überzeugen — mit welchem Recht will dann der Richter den Kläger, der auf Ausführung der vertragsmäßigen Leistungen dringt, abweisen, wenn dieselben nicht im Sinn des herrschenden Dogmas einen Vermögenswerth haben? Der Kläger wird ihm erwidern: für mich haben sie einen Vermögenswerth, der beste Beweis ist, daß ich sie bezahlt habe. Und nicht bloß für mich haben sie einen Werth, sondern für Alle, die sich in ähnlichen Vermögensverhältnissen wie ich befinden. Sieh dir das Leben an, Hunderte und Tausende machen es wie ich und bezahlen sie, der Maßstab, den das römische Recht für die Schätzung der Sache aufstellt:

l. 33. pr. ad leg. Aq. (9, 2) non affectiones aestimandas esse ... pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum sed communiter fungi.

trifft auch für sie zu, es handelt sich bei ihnen nicht um seltsame Launen eines Einzelnen, sondern um Güter von allgemeiner Werthschätzung. Wozu dient das Geld demjenigen,
S. 48. der es hat? Etwa bloß für die physische Lebensnothdurft? Hat denn nicht auch das Vergnügen und die Erholung, die Gesundheit, die Bildung ihre Berechtigung? Wenn ich nach meinen Verhältnissen mein Geld für diese Zwecke glaube verwenden zu sollen, wenn ich es opfere, um mir die Annehmtichkeit eines Gartens, Ruhe im Hause, einige freie Stunden für meine Erholung zu sichern, wenn ich für eine gut eingerichtete Wohnung oder eine Wohnung mit schöner Aussicht das Doppelte von demjenigen entrichte, was ich sonst zu zahlen hätte, willst Du den Werth dieser Güter mit der Elle des Armen messen, der sie nicht bezahlen kann? Dann lege bei der Schätzung eines kostbaren Gemäldes, Pferdes u. s. w. ebenfalls denselben Maßstab zu Grunde und erkläre den Preis,

den die Liebhaber und Kenner dafür bezahlen, für einen unsinnigen, für einen bloßen „Affectionswerth", auf den du nicht erkennen könnest. Was du dem Käufer zugestehst, darfst du dem Miether nicht versagen; schützest du die Tausende, die jener für das Eigenthum des Gartens, so schütze auch die Hunderte, die dieser für die Benutzung des Gartens d. i. für die Erlangung einer persönlichen Annehmlichkeit bezahlt hat. Indem du ihm für die gestörte oder entzogene Benutzung des Gartens oder für die Entziehung der schönen Aussicht oder die unterlassene contractmäßige Instandsetzung der Wohnung keine Entschädigung meinst gewähren zu dürfen, weil es sich dabei nicht um Geldwerth, sondern um bloße Annehmlichkeit handele, entziehst Du ihm das Geld, das er dafür bezahlt hat, — Du schädigst ihn nicht bloß in seinen Passionen, sondern in seinem Vermögen. Oder willst Du etwa den Satz aufstellen: Für Vergnügen darf das Vermögen nicht verwandt werden; ist es dennoch geschehen, so schütze ich den Mann nicht? Dann erklärst Du unserm ganzen Recht den Krieg: unser Recht unterscheidet nicht, ob ich Champagner oder Oel, ein Gemälde oder einen Stuhl gekauft habe, es stellt mir anheim, mein Geld auch zu meinem Vergnügen anzuwenden, und wenn ich geschützt werde, wenn ich einen Garten gekauft habe, so möchte ich wissen, warum ich es nicht soll, wenn ich ihn bloß gemiethet habe und wegen entzogener oder gestörter Benutzung des Gartens Ersatz für das entgangene Vergnügen verlange.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
S. 49.

Selbst also von dem eigenen Standpunkt der Theorie des Vermögenswerthes der obligatorischen Leistungen aus gelangen wir zu dem Resultat, daß der Richter jene Interessen und Güter, denen diese Theorie den Vermögenswerth glaubt absprechen zu müssen, zu schützen hat. Der verhängnißvolle Irrthum, den sie bei Anwendung dieses Gesichtspunktes begeht, besteht darin, daß sie denselben, wenn ich mich einmal kurz ausdrücken darf, auf Vermögensproduc-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. *tion* beschränkt und die Vermögens*consumtion* übersieht. Für den Gastwirth ist die schöne Aussicht, derentwegen sein Gasthof aufgesucht wird, ein Mittel zur Vermögens*production*; wird sie ihm verbaut, so gewährt ihm die Theorie Ersatz, weil er dadurch in seinem Geschäft Geld *einbüßt*. Für den Privatmann ist die schöne Aussicht lediglich ein Gegenstand der Vermögens*consumtion*; wird sie ihm verbaut, so erhält er jener Theorie zufolge nichts, denn er büßt bloß *Vergnügen* ein. Aber auch er büßt in Wirklichkeit *Geld* ein, nämlich das Geld, das er der schönen Aussicht wegen für die Wohnung *bezahlt* hat!

Also selbst von ihrem eigenen Standpunkt aus hält jene Theorie nicht die Probe aus; sie leidet an einem innern Widerspruch: sie will das *Vermögen* schützen und läßt es schutzlos, wo es seine handgreifliche faßbare Form abgestreift und sich in andere (ideale) Güter (Vergnügen, Gesundheit, Muße u. s. w.) umgesetzt hat.

Aber der ganze Standpunkt jener Theorie ist ein von vornherein verfehlter. Es ist nicht wahr, daß das Vermögen
S. 50. das einzige Gut bildet, welches das Recht als Gegenstand des Vertrages zu schützen hat, und daß alle andern Güter nur auf dem eben angegebenen Wege, indem sie ihren Schutz von dem Vermögen ableiten, dazu gelangen können an demselben zu participiren. Denselben Anspruch, mit dem das Vermögen vor dem Richter auftritt, um seiner selbst willen geschützt zu sein, erheben auch sie, auch ihrer kann das Leben eines Culturvolkes nicht entbehren, und wenn der *Vertrag* d. h. der Grundsatz der autonomischen individuellen Lebensgestaltung einmal in Bezug auf das *Vermögen* zugelassen ist, so ist nicht abzusehen, warum er es für *sie* weniger sein sollte. Die Polizei und die Strafrechtspflege schützen nicht blos das Vermögen, sondern erstrecken ihre schirmende Hand auf alle Güter, ohne die das Leben nicht bestehen kann. Soll der Civilrichter es nicht thun? Ein innerer Grund dafür ist

nicht abzusehen; die Güterliste, welche das Recht der Polizei XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
und dem Strafrichter einhändigt, muß für den Civilrichter dieselbe Geltung haben; ob der Anspruch auf diese Güter im Gesetz oder im Vertrage seinen Grund hat, was verschlägt es für die Frage von ihrer *Schutzwürdigkeit*?

Aber, wird man einwenden, der Polizei und dem Criminalrichter sind andere Schutzmittel gewährt als dem Civilrichter, jene *können* diese Güter schützen, dieser *nicht*. Damit berühre ich den Sitz des ganzen Irrthums. Der Schutz des Civilrichters soll angeblich versagen, weil ihm nicht Schwert und Haft, sondern lediglich Geldcondemnation zur Verfügung steht, mittelst letzterer aber, scheint es, kann er nur solche Güter schützen, welche sich auf Geld zurückführen lassen. Wenn man dem Civilrichter die Machtmittel der Polizei und des Strafrichters zugesteht, wird man uns erwidern, so ist er damit in Stand gesetzt, auch solche Güter zu schützen, die ihr Aequivalent nicht im Gelde finden; an dieser Machterweiterung hängt die ganze Frage.

Ich erwidere darauf: der Civilrichter wende nur das Geld *richtig* an, und er wird finden, daß es in den meisten Fällen vollkommen ausreicht. Die Möglichkeit der Verwen- S. 51.
dung des Geldes in den Händen des Richters beschränkt sich nämlich keineswegs auf diejenige Function, welche die obige Theorie ausschließlich im Auge hat — ich nenne sie die *Aequivalentfunction*, d. i. auf die Feststellung des *Geldwerthes* der Leistung, sondern zu ihr gesellen sich noch zwei andere hinzu, die ich als *Straf-* und *Satisfactionsfunction* bezeichnen will.

Unter der *Straffunction* verstehe ich nicht die *Zuerkennung* einer Privatstrafe an den Kläger, wie sie den Zweck der römischen Strafklagen bildete, sondern die *Androhung* einer Strafe als Pressionsmittel für den Fall der Nichtbefolgung des richterlichen Befehls, also in römischer Sprache einer **multa** im Gegensatz der **poena**. Ein Richter,

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. der damit nicht den gewünschten Erfolg erreicht, hat sich selber anzuklagen, daß er das ihm zur Verfügung gestellte Mittel nicht ausgiebig genug benutzt hat. Reichen 10 Mark nicht aus, so drohe er 100 an; thun sie es nicht, so 1000, sonst 10,000 und so weiter. Nur bei dem völlig Armen versagt das Mittel seine Wirkung. Aber ich habe hier nicht zu untersuchen, welche sonstigen Machtmittel der Staat dem Civilrichter zur Verfügung zu stellen habe, sondern ich will nur nachweisen, was der Richter für den obigen Zweck des Schutzes nicht-ökonomischer Güter schon mit dem bloßen Geld ausrichten kann, vorausgesetzt nur, daß er es richtig anwendet.

Mit der Androhung einer Geldstrafe allein ist aber dem Berechtigten, der auf die Vollziehung des Vertrages dringt, noch nicht geholfen. Die Maßregel wirkt nur auf die Zukunft, und die angedrohte Strafe, wenn sie verwirkt wird, fließt nicht in seine Tasche, sondern in den Straffiscus, sie
S. 52. ist nicht poena oder in deutscher Rechtssprache: Buße und Besserung, sondern multa oder Wette. Der Beklagte braucht bloß den Prozeß durch allerhand nichtige Einwendungen in die Länge zu ziehen, und bevor der Richter dazu gelangt, ihm die Strafe anzudrohen, ist sie vielleicht schon gegenstandslos geworden (so z. B. in allen obigen Fällen auf S. 128) und damit der Kläger um sein gutes Recht gebracht.

Darum gehört zur Vervollständigung derselben die Befugniß des Richters, sich des Geldes nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit zu bedienen d. h. wegen der nicht mehr ungeschehen zu machenden Rechtsverletzung den Beklagten zur Leistung einer Schadloshaltung an den Kläger zu verurtheilen. Satisfaction zum Zweck der Sicherung des verübten Vertragsbruches ist für die Sicherheit des Vertragsrechtes ebenso unentbehrlich als Strafandrohung zum Zweck der Abwehr des noch erst zu besorgenden. Ihm diese Befugniß absprechen heißt ihn zur Machtlosigkeit verdammen, das Recht des Klägers schutzlos lassen.

Aber welchen Maßstab besitzt der Richter, um den Werth XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
einer Rechtsverletzung, die nicht die Sache, sondern die Person zum Gegenstand hatte, in Geld anzusetzen? Ich antworte darauf: welchen Maßstab hat er bei Androhung der Strafe? Soll er 10, 20, 30, 100 Mark androhen? Denken wir uns einen theoretischen Grübler in diese Situation hinein, den juristischen Logiker, der nichts thut ohne zwingenden Grund, so kommt er nie zum Entschluß, denn was nöthigt ihn, gerade 30 Mark anzudrohen, warum nicht 40, oder 50, 60 oder nur 20 oder gar 10? Es wäre die Lage von Buridans Esel zwischen den zwei völlig gleichen Bündeln Heu. In Wirklichkeit ist ein Esel in dieser Lage noch nie verschmachtet, es ist nur der Esel der Theorie, der dies Kunststück fertig bringt, denn den foltert kein Hunger. So verhält es sich auch mit dem Richter. Der Ernst seiner Auf- S. 53.
gabe, die Verantwortlichkeit seiner Stellung sichert ihn gegen derartige unfruchtbare dialektische Grübeleien, und jemehr er von dem Gefühl derselben durchdrungen ist, desto weniger wird er Anstand nehmen, die Strafen wegen derartiger frivoler Verletzung übernommener Verbindlichkeiten so reichlich zu bemessen, daß nicht bloß dem verletzten Rechtsgefühl des Klägers volles Genüge geschieht, sondern das statuirte Exempel auch auf Andere für die Zukunft einen heilsamen abschreckenden Einfluß ausübt.

Ob unsere gegenwärtige deutsche Rechtsprechung dieser Aufgabe wirklich stets im vollen Umfange gerecht wird, darüber will ich mich hier nicht auslassen, jedenfalls zeigt die Rechtsprechung anderer Länder, z. B. von Frankreich und Belgien, daß der Mangel eines festen Maßstabes für die Rechtsverletzung, eines Tarifes für Contraktbrüche, kein Hinderniß bildet, die Straf- und Satisfactionsfunction des Geldes in einer Weise auszunutzen, daß auch die Interessen nicht-vermögensrechtlicher Art den ihnen gebührenden Rechtsschutz finden, und daß Treu und Glauben in Vertragsverhältnissen kein leeres Wort bleiben.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Die folgende Ausführung soll den Nachweis erbringen, daß den Römern jene drei von uns unterschiedenen Functionen des Geldes: die Aequivalent-, Straf- und Satisfactionsfunction sehr wohl bekannt gewesen sind, und daß sie keinen Anstand genommen haben, die zweite und dritte in ausgiebigster und energischster Weise zur Anwendung zu bringen.

2. Gestalt der Sache im römischen Recht.

a) Erzwingung der Leistungen durch Androhung von Geldstrafen und durch persönliche Zwangsmittel.

§ 11.

Indem ich die Aequivalentfunction des Geldes als allbekannt außer Frage stehend übergehe, wende ich mich sofort
S. 54. der Straffunction desselben zu. In Bezug auf sie aber bedarf es weniger des Nachweises als der Erinnerung an allbekannte Dinge.

Es gab in Rom eine ganze Kategorie von Klagen (die auf exhibere und restituere gerichteten), bei denen der römische Richter durch den Magistrat, der ihn bestellte, angewiesen ward, dem Beklagten zunächst die reale Leistung aufzulegen (arbitrium), und ihn erst dann in Geld zu verurtheilen, wenn er dieser Auflage nicht nachgekommen war, dann aber zur Strafe seiner Widersetzlichkeit (contumacia) auf soviel, als der Kläger beschwören werde (juramentum in litem). Der Kläger ward hier, nachdem der Anspruch einmal feststand, zum Schätzer in eigener Sache (arbiter liti aestimandae) gemacht und als solcher wie jeder Richter und Schätzer beeidigt. Nicht auf Feststellung des Geldeswerthes der Leistung war es dabei abgesehen, sondern auf Festsetzung einer Satisfactionssumme dafür, daß der Beklagte böslicher Weise die Leistung verweigert oder unmöglich gemacht hatte, nicht das materielle, sondern das ideale Interesse der frivolen Rechtsverletzung sollte dadurch ausgeglichen werden.

l. 1 de in lit. jur. (12.) 3 . . . ex contumacia aestimatur ultra rei pretium. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

l. 8 ibid. . . . non est aequum, pretio id est quanti res est litem aestimari, cum et contumacia punienda sit.

Man würde sich meines Erachtens die Stellung des römischen Richters völlig verkehrt denken, wenn man annehmen wollte, daß er bei Klagen, die nicht zur Kategorie der angegebenen gehörten, einem Beklagten, der in der Lage war, die versprochene Leistung zu erfüllen z. B. die verkaufte Sache zu tradiren, die vermiethete Wohnung einzuräumen, sich aber trotzig dessen weigerte, nicht hätte Vorstellungen machen und denselben dadurch den nöthigen Nachdruck hätte verschaffen können, daß S. 55. er dem Schuldigen im Voraus einen Betrag der Condemnation androhte, der es ihm unvortheilhaft erscheinen ließ länger auf seiner Weigerung zu beharren. In Bezug auf die processualische Auflage von zukünftigen Unterlassungen z. B. fernerer Ausübungshandlungen einer rechtlich aberkannten Servitut steht die Anwendung der Strafandrohung außer Zweifel, nur daß dafür im römischen Prozeß die eigenthümliche Form eines vom Richter dem Beklagten auferlegten Strafversprechens an die andere Partei (cautio), einer gerichtsseitig festgestellten und erzwungenen Conventionalpoen in Anwendung kam.

Zu dem judex gesellte sich in Rom noch der Magistrat (Prätor) hinzu, und man darf, wenn man sich einmal die römische Organisation der richterlichen Zwangsgewalt (das Wort: richterlich im heutigen Sinn genommen) vergegenwärtigen will, den wesentlichen Antheil, der dem Magistrat dabei zufiel, nicht übersehen. Letzterer verfügte für die Zwecke der Rechtspflege über dieselben Zwangsmittel (und zu ihnen gehörte auch die Androhung einer Geldstrafe: multa für den Widersetzlichen), welche mit der Amtsgewalt der Magistrate überhaupt verbunden waren. Ob die Römer in denjenigen Fällen, wo der Magistrat, die Unbestrittenheit des Anspruches

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. vorausgesetzt, durch seine Amtsgewalt die verweigerte Erfüllung von Seiten der Verpflichteten erzwang, von einer „obligatio" sprechen oder nicht, ist vollkommen gleichgültig, kurzum der Magistrat bot seine Hand dazu, schuldige Leistungen zu erzwingen und das, nicht der Name obligatio ist für uns das Wesentliche.

So erzwang er z. B. die im Testament auferlegte Freilassung des Sklaven (fideicommissaria libertas) und selbst den zu dem Zweck erst nöthig werdenden Ankauf eines fremden Sclaven,

l. 6, 12, 13, 15, 24 § 12 u. a. de fideic. lib. (40. 5),

S. 56. die dem Legatar im Vermächtniß auferlegte Emancipation seiner Kinder,

l. 92 de cond. (35. 1) . . . cogendum emancipare, neque enim debet circumveniri testantium voluntas. Paul. Sent. Rec. IV 13 § 1 (früheres Recht: l. 144 § 8 de leg. I 30),

die Befolgung der testamentarischen Anordnungen des Vaters über die Kinder,

l. 7 i. f. de ann. leg. (33. 1) . . . interventu judicis haec omnia debent . . . . ad effectum perduci,

über sein Leichenbegängniß,

l. 14 § 2 de relig. (11. 7) Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia non duxerit . . . extra ordinem eum a Praetore compellendum funus ducere,

Errichtung eines Monuments,

l. 50 § 1 de her. pet. (5. 3) . . . principali vel pontificali autoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis,

periodische Besorgung der üblichen religiösen Cermonien durch die zu dem Zweck Freigegelassenen,

l. 44 de man test. (40. 4) . . . . officio tamen judicis

eos esse compellendos, testatricis jussioni parere XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
(l. 71 § 2 de cond. 35. 1).

Der Vater, der seinen Kindern grundlos den Heirathsconsens und der Tochter die Dos verweigert, wird durch die Obrigkeit dazu genöthigt,

l. 19 de R. N. (23. 2) . . . per proconsules praesidesque provinciarum coguntur,

ebenso die Testamentszeugen, ihre Siegel zu recognosciren,

l. 4. Test. quemadm. aper. (29. 3) . . . praetoris id officium est ut cogat signatores convenire et sigilla S. 57.
sua recognoscere,

der Inhaber des Testaments, Einsicht und Abschrift desselben zu verstatten,

l. 2 § 8 ibid. . . . omni modo ad hoc compelletur,

der von den Parteien mit seiner Zustimmung erwählte Schiedsrichter, sich der Untersuchung der Sache zu unterziehen und seinen Spruch zu fällen,

l. 3 § 1 de rec. qui arb. (4. 8) . . . ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et solicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat, l. 32 § 12 ibid. multa adversus eum dicenda est,

der Ehemann, sich der wahnsinnigen Frau anzunehmen,

l. 22 § 8 Sol. mat. (24. 3) . . . adire judicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem tamen mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae ejus succurrere,

ebenso Eltern und Kinder sich gegenseitig zu alimentiren,

l. 5 de agnosc. lib. (25 3) § 1 (cogatur) § 2 (cogamur) § 5 (compelletur) § 8 (ali jubebunt) u. s. m.

In Bezug auf den Vormund bedarf es kaum der Bemerkung. Wie weit der Magistrat seine Fürsorge für den Mündel ausdehnte, und wie weit er dabei in Anwendung seiner Machtbefugnisse ging, zeigt die

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. l. 1 § 2 ubi pup. educ. (27. 3),

in welcher der Jurist die Frage aufwirft, ob es demselben nicht nöthigenfalls zustehe, die nächsten Angehörigen zur Aufnahme und Erziehung des Mündels (selbstverständlich gegen Kostgeld) zu zwingen — eine Frage, die er bejaht:

quaestionis est, an debeat etiam invitum cogere, utputa libertum, parentem vel quem alium de affini-
S. 58. bus cognatisve? Et magis est, ut interdum debeat id facere.

Die obigen Fälle haben sämmtlich persönliche Handlungen zum Gegenstand. Daß aber der römische Magistrat nicht Anstand nahm, auch eine Sachleistung, wo sie durch die Umstände geboten war und eine Geldabfindung dieselbe nicht hätte ersetzen können, direct zu erzwingen, zeigt die

l. 12 pr. de relig. (11. 7),

welche den Prätor ermächtigt, zu Gunsten des Besitzers eines Grabmals den Nachbar zur Abtretung des dazu nöthigen Weges zu zwingen:

Praetor etiam compellere debet, justo pretio iter ei praestari.

Ein anderes Beispiel der directen Erzwingung der Leistung gewährt der Zwang zur Errichtung eines dem Gemeinwesen versprochenen Werkes.

l. 13 de pollic. (50. 12). Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, opera extruere debere eos qui pro honore polliciti sunt, non pecunias pro his inferre cogi.

l. 8 ibid. . . . . cum et absens per amicum perficere id opus possit. Judices . . . si opus perfici ab eo debere constituerint, obedire eum reipublicae ob hanc causam jubebunt.

Dasselbe gilt von dem Fall der testamentarischen Auflage des Werks,

l. 11 § 25 de leg. III (32). Si quis opus facere jus-

sus paratus sit pecuniam dare reipublicae ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur, et ita D. Marcus rescripsit. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Es ergibt sich aus diesen Stellen, wie verkehrt die Behauptung, daß im römischen Formular-Prozeß immer nur auf Geld habe verurtheilt werden können; man vergißt, daß dem Judex der Prätor zur Seite stand. S. 59.

Ein Beispiel aus dem späteren Recht gewährt die (unglossiirte)

l. 46 pr. Cod. de episc. (1. 3) . , . intra annum duntaxat id fieri c o g e r e, § 2 ibid. praesidibus provinciarum n e c e s s i t a t e m i m p o n e n t i b u s heredibus.

Das im Bisherigen mitgetheilte Quellenmaterial setzt Jeden in Stand, sich die Frage zu beantworten, ob die obrigkeitliche Gewalt in Rom sich in der Lage befand, ihren Geboten die gehörige Beachtung zu verschaffen. In den meisten der aufgeführten Beispiele handelt es sich gerade um solche Leistungen, welche k e i n e n G e l d w e r t h haben, und bei denen mithin, wenn der Satz wahr wäre, daß nur Leistungen von Geldwerth nach römischem Recht Gegenstand der Klage sein können, der Rechtsschutz hätte versagt werden müssen.

Der erste große Fehler, den man bei unserer Frage begangen hat, besteht darin, daß man über dem römischen judex den praetor übersehen hat. Unser heutiger Richter aber vereinigt die Machtbefugnisse in sich, die ihnen beiden in den Quellen zugesprochen sind.

Der zweite große Fehler, den man begangen hat, betrifft die Tragweite der Geldcondemnation in der Person des judex. Damit berühre ich die dritte der drei obigen Functionen des Geldes: die S a t i s f a c t i o n s f u n c t i o n. Sie besteht darin, daß der Richter dem Kläger wegen der gegen ihn vom Beklagten begangenen Rechtsverletzung eine Geldsumme zuerkennt, aber nicht als A e q u i v a l e n t im ö k o n o m i s c h e n

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Sinn (verum pretium, rei aestimatio, oder quanti ea res est, id, quod interest im ökonomischen Sinn), sondern als *Satisfaction für sein verletztes Rechtsgefühl* oder *Aequivalent für die Schädigung seiner nicht-*
S. 60. *ökonomischen Interessen.*

b) Verwendung des Geldes zum Zweck der Satisfaction — Anerkennung und Schutz nicht-ökonomischer Interessen — Quellenmaterial.

§ 12.

Die Straffunction des Geldes bei den nicht gegen das Vermögen, sondern gegen die *Person* gerichteten Delicten des römischen Rechts ist jedem Juristen bekannt. Als Beispiel nenne ich die actio injuriarum aestimatoria und die actio de sepulcro violato. Für unsere Zwecke ist aber nicht das bloße Dasein dieser Strafklagen und die Verwendung des Geldes zum Strafzweck das Interessante, sondern die Rechtfertigung beider von Seiten der römischen Juristen durch den *Gesichtspunkt des Interesses* d. h. die Anerkennung des idealen *Satisfactionszwecks* des Geldes. Das Material, welches uns die Strafklagen zu Gebote stellen, hat für uns den hohen Werth, uns den Umfang des rechtlich geschützten Interesses im römischen Recht zu veranschaulichen.

Zu diesem Material füge ich aber noch ein weiteres hinzu, welches das Interesse *unabhängig von der Voraussetzung eines Delicts* zum Gegenstand hat. Beides zusammen soll mir dienen zur Beantwortung der Frage: *welche Interessen* außer dem Gelde kennt das römische Recht, denen es seine Anerkennung und seinen Schutz zu Theil werden läßt? Ich werde im Folgenden eine Uebersicht der *nicht-ökonomischen* Interessen des römischen Rechts geben, ohne dabei die *Form*, in der dieselben *geschützt* sind, (ob durch Delicts- oder reipersecutorische Klage) oder die *Veranlassung*, bei der dieselben als rechtlich relevante *anerkannt* werden, (also auch abgesehen von dem Fall der *Klage*) zu

unterscheiden. Ist es mir gelungen, auf diesem Wege den Umfang des römischen Interessenbegriffs festzustellen, so soll davon die Anwendung auf die Frage gemacht werden, welche Interessen Gegenstand eines Vertrages sein können. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 61.

Ich theile diese Interessen in zwei Klassen, in solche nämlich, bei denen der Zweck, dem sie dienen, in einer fremden, und solche, bei denen er in der eigenen Person gelegen ist.

A. Interessen, deren Zweck in einer fremden Person liegt.

1. Verwandtschaftliche Liebe.

a) actio de servo corrupto utilis des Vaters wegen Verführung seiner Kinder.

l. 14 § 1 de servo corr. (11. 3) ... utilis competit officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.

Der Gegensatz dieses Interesses zu dem pecuniären Interesse, welches sich an die Verleitung der Sclaven knüpft, wird im Anfang der Stelle ausdrücklich hervorgehoben (servi, qui in patrimonio nostro esset — pauperiorem se factum esse dominus probare potest), es wird also anerkannt, daß in Bezug auf die Kinder kein pecuniäres Interesse vorliegt, gleichwohl hat der Richter auf Geld zu erkennen.

b) actio injuriarum wegen einer den Kindern oder der Frau zugefügten Injurie.

Paul. S. R. V 4 § 3 ... nostra interest vindicare. Gaj. III § 221. l. 1 § 3 de injur. (47. 10)... Spectat enim ad nos injuria § 5 ibid. nostrum pudorem pertingit. l. 18 § 5 ibid. per filium, per uxorem facere injuriam.

c) Regreßklage des Vaters gegen den Verkäufer, wenn das

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. von ihm gekaufte und der Tochter als Mitgift gegebene Grundstück der letzteren evincirt worden ist.

S. 62. l. 71 de evict. (21. 2).

Der entscheidende Grund, auf den hier die Zulässigkeit der sofortigen Anstellung der Klage (im Gegensatz zur Statthaftigkeit derselben beim demnächstigen Heimfall der Dos) gestützt wird, ist der Gesichtspunkt des väterlichen Interesses an dem Wohl der Tochter:

interest enim patris filiam dotatam habere .... An .. statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit.

d) actio tutelae des Pupillen gegen den Vormund, der unterlassen hat, den nächsten bedürftigen Verwandten desselben Alimente zu reichen.

l. 2 § 2 de tut. rat. (27. 3) ..... putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.

e) postulatio suspecti tutoris von Seiten der nächsten weiblichen Angehörigen des Mündels.

l. 1 § 7 de susp. tut. (26. 10). Quin immo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt utputa mater, nutrix quoque. Potest et soror ... et si qua alia mulier fuerit, cujus praetor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere injuriam pupillorum, admittet eam, womit zu vergleichen ist l. 5 § 1 quib. ex caus. (42. 4).

f) actio de effusis et dejectis, wenn ein Angehöriger durch Auswerfen getödtet ist, auf den im Edict festgestellten Strafbetrag. Obschon die genannte Klage im Fall der Tödtung eines Menschen eine Popularklage war, so wird doch in Bezug auf sie in l. 5 § 5 de his qui effud. (9. 3) das besondere Interesse der näch-

sten Verwandten an der Erhebung derselben ausdrücklich anerkannt: XVIII Jahrg. Bd. XVIII.

dummodo sciamus hanc actionem ei potissimum dari debere, cujus interest vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit. S. 63.

2. Pietät gegen den Erblasser von Seiten des Erben.

a) Aufrechterhaltung der von ersterem im Interesse leichtsinniger Verwandten getroffenen Beschränkungen des ihnen zugewandten Legats.

l. 71 pr. de cond. (35. 1) ... sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum voluit, interesse heredis credendum est atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienetur.

l. 19 de leg. III (32). Si tibi legatum est ... uti quid facias, etiam si non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futuro, quod defunctus voluit.

b) Bestimmungen des Testators in Bezug auf den Verkauf der Sclaven.

l. 18 § 2 fam. erc. (10. 2) ... officio familiae erciscundae judicis contineri, ut voluntas testatoris non intercidat.

c) Klage auf Errichtung des von ihm gewünschten Monuments gegen den damit Beauftragten, beziehungsweise den Miterben.

l. 12 § 17 Mand. (17. 1) ... heres ejus poterit mandati agere.

l. 7. de ann. leg. (33. 1) ... coheres tuus agere potest tecum familiae erciscundae, ut facias, quoniam interest illius, quin etiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habetis.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 64.

d) act. injuriarum wegen Verunglimpfung seines Namens oder Antastung der Leiche.

l. 1 § 4, 6 de injur. (47. 10),
wofür allerdings der Gesichtspunkt zu Hülfe genommen wird: injuriam heredi quodammodo factam; semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare.

Aehnlich oben unter 1, b.

3. Mitleiden und Wohlwollen gegen völlig fremde Personen.

a) Klage des Verkäufers des Sklaven auf Vollziehung der dem Käufer auferlegten Freilassung,

l. 54 pr. Mand. (17. 1) ... affectus ratione mandati agetur ... Placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.

b) Klage des Herrn der verkauften Sklavin wegen Uebertretung des Prostitutionsverbots,

l. 6. pr. de serv. exp. (18. 7) ... cum et ancillam contumelia affecerit et venditoris forte affectionem simul et verecundiam laeserit .... remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, oder wegen Nichtachtung eines sonstigen, die gute Behandlung des Sklaven betreffenden Verbots,

l. 7 ibid.
quod si: ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectus ratione recte agetur . . . cum beneficio affici hominem intersit hominis.

c) Das interdictum de homine libero exhibendo.

l. 3 § 9. de hom. lib. (43. 29). Hoc interdictum omnibus competit, nemo enim prohibendus est libertati favere.

d) Das Mandat zu Gunsten Dritter.

Bei der Ausführung eines auf die Besorgung der Geschäfte eines Dritten gerichteten Mandats kann der Mandant in der Weise betheiligt sein, daß er im Fall der Nichtausführung selber haftet (mandatum mea et aliena gratia, l. 2 § 3 Mand. 17. 1); hier ist sein Interesse ein eigenes und vermögensrechtlicher Art. Von diesem Fall spricht die l. 8 § 4 Mand. (17. 1). XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 65.

Es kann aber das Mandat auch lediglich im Interesse des Dritten gegeben sein (mandatum aliena gratia l. 2 § 2 ibid.), ohne daß der Mandant unter der Nichtausführung im Mindesten pecuniär leidet.

Ist dasselbe klagbar? Nach dem herrschenden Dogma vom Vermögenswerth der versprochenen Leistung müßte die Frage verneint werden, und dieß scheint auch von Ulpian in l. 8 § 6 ib. in der That geschehen zu sein. Eine Vergleichung dieser Stelle mit den demselben Werk und Buch entnommenen l. 6 § 4, und l. 8 § 4 ibid. lehrt das Gegentheil. In der ersten Stelle spricht Ulpian nur von dem Mandat in eigenen Angelegenheiten (s. u. unter B. 1, 5), in den beiden andern von dem zu Gunsten eines Dritten. Von letzterem sagt er in l. 6 § 4:

> Si tibi mandavero, quod mea non [5]) intererat, veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro 7 Digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

In l. 8 § 4 behandelt er den Fall, wenn ein Tutor dem andern das Mandat gibt, einen Sklaven für den Pupillen zu kaufen, und er unterscheidet zwei Fälle: ob der Ankauf des Sklaven nöthig oder überflüssig gewesen sei. Im ersteren S. 66.

---

5) „Non" lesen alle Handschriften, und so lasen auch die Scholiasten zu den Basiliken (XIV, 1, 6 § 4). Im Codex Parisinus und Patavinus war es ursprünglich ausgelassen, ist aber später hinein corrigirt, s. Th. Mommsen in seiner Ausgabe der Pandekten. Die Richtigkeit der Lesart kann nach Inhalt der Stelle und nach l. 8 § 4 keinem Zweifel unterliegen.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Falle habe der Mandant bei Nichtausführung des Mandats selber zu haften und habe folglich aus eigenem Interesse eine Klage. Im zweiten Falle hafte er nicht, gleichwohl aber sei ihm die Klage zuzugestehen. Warum? „Quia mandato non est obtemperatum", antwortet der Jurist. Es erinnert dies an den Satz der oben (S. 140) citirten l. 92 de cond. (35. 1), „neque enim debet circumveniri testantium voluntas". Wonach soll hier das „vermögensrechtliche Interesse" des Klägers bemessen werden? Ein solches existirt gar nicht, denn der Vormund hat das Mandat lediglich im Interesse des Pupillen ertheilt, und weder er, noch der Pupill erleiden durch die Nichtausführung desselben einen vermögensrechtlichen Nachtheil. Wenn der Richter hier gleichwohl den Mandatar auf Geld verurtheilen soll, welchen andern Zweck kann dies haben, als letzteren für die Nichterfüllung der übernommenen Verbindlichkeit: „quia mandato non est obtemperatum" zu *strafen*? und was anders wird damit anerkannt, als daß auch das *Wohlwollen für eine dritte Person* einen ausreichenden Grund zur Ertheilung eines Auftrages abgibt?

4. Gemeinsinn.

Unter diesen Gesichtspunkt fallen die bekannten actiones populares der Römer. Sie geben dem Bürger Gelegenheit, für die Interessen des Gemeinwesens in die Schranken zu treten; es wird nicht gefragt, ob er ein eigenes Interesse an der Erhebung derselben habe. Letzteres *kann* der Fall sein (l. 3 § 1, l. 6 de pop. act. 47. 23), ist aber nicht nöthig; das bloße Motiv des Gemeinsinns genügt, man kann die Klage lediglich im gemeinnützigen Interesse erheben (jus populi tueri l. 1 ibid.). Es gibt kaum einen offeneren Protest gegen die Irrlehre, daß Jeder nach römischem Recht nur im
S. 67. eigenen Interesse rechtlich habe thätig werden können, als das Dasein dieser Klagen. Sie beschränkten sich nicht auf die Anwendungssphäre, an die man gewöhnlich bei ihnen zu

denken pflegt: auf den Schutz der dem Gemeinbrauch bestimmten Sachen (res publicae) — bei ihnen ließe sich zur Noth noch der Gesichtspunkt eines eigenen, wenn auch noch so entfernten vermögensrechtlichen Interesses des Klägers geltend machen — sondern sie wurden noch in einer andern Richtung gegeben, bei der dieser Gesichtspunkt vollständig ausgeschlossen war, nämlich zum Schutz hülfsbedürftiger Personen, die damit gewissermaßen unter den Schutz des Publikums gestellt wurden. Zu diesen öffentlich geschützten Personen gehörten: XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

a) Der Unmündige. Schutz gegen den unfähigen oder gewissenlosen Tutor durch die postulatio suspecti tutoris.

b) Der Minderjährige. Schutz gegen Uebervortheilungen durch die actio popularis aus der lex Plaetoria. (s. meinen Geist des römischen Rechts III. 1. S. 119).

c) Der Kriegsgefangene oder der in öffentlicher Mission Abwesende. Schutz gegen Entwendung seiner Sachen durch die lex Hostilia (pr. J. de iis per quos 4. 10).

d) Der Freie. Schutz durch das interdictum de homine libero exhibendo, in alter Zeit durch den vindex libertatis (das „pro libertate agere" der eben citirten Stelle).

Justinian hat zu diesen Fällen des älteren Rechts noch einen neuen ganz interessanten hinzugefügt, nämlich den der actio popularis auf Ausführung einer im Testament angeordneten gemeinnützigen oder milden Stiftung. Sind die in erster Linie zur Verwirklichung derselben berufenen Personen lässig, so kann Jeder, der Lust hat, den Erben auf Ausfühführung der Anordnung belangen.

l. 46 § 6 Cod de episc. (1. 3) ... cum sit enim communis pietatis ratio, communes et populares S. 68.

decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis.

Also die communis pietatis ratio: das bloße Wohlwollen, das Erbarmen gegen die bei der Stiftung interessirten hülfsbedürftigen Personen, das reine Motiv der Menschlichkeit als ausreichender Grund einer Klage.

Dem Bisherigen nach glaube ich wohl nicht zuviel zu sagen, wenn ich behaupte: es gehört eine gänzliche Unkenntniß des römischen Rechts dazu, um ihm den Satz anzudichten, daß ihm zufolge Jeder nur für sich selber habe handeln können. Man generalisirt damit einen Satz, den die römischen Juristen lediglich für die Stipulation aufgestellt haben:

l. 38 § 17 de V. O. (45. 1) ... inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest,

den aber das römische Recht nie gedacht hat, in dieser Allgemeinheit aufzustellen.

B. Interessen, deren Zweck in der eigenen Person liegt.

Wir können bei ihnen wiederum zwei Klassen unterscheiden: solche, bei denen der Zweck ein sinnlicher, materieller, und bei denen er ein übersinnlicher, idealer ist. Für erstere bleibt nach Ausscheidung des Vermögensinteresses noch übrig die Behaglichkeit, Annehmlichkeit, Bequemlichkeit, das Vergnügen, kurz der äußere Lebensgenuß.

1. Materielle Interessen.

Der Schutz derartiger Interessen wird in folgenden Anwendungen anerkannt.

1. l. 16 § 1 quod vi (43. 24).

Wenn Jemand Bäume eines fremden Grundstücks abhaut, so hat der Eigenthümer stets eine Schadenersatzklage, dem Usufructuar dagegen würde, wie es scheint, nur dann

eine Klage zuzugestehen sein, wenn er Schaden davon hat, d. h. wenn die Bäume fruchttragende waren, der Ertrag des Grundstücks also dadurch verringert worden ist. Allein der Jurist erkennt ihm auch dann eine Klage zu, wenn die Bäume nicht fruchttragender Art waren, lediglich also die Annehmlichkeit des Aufenthaltes durch das Wegnehmen der Bäume gelitten hat. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 69.

Sed si amoenitas quaedam ex hujusmodi arboribus praestetur, potest dici et fructuarii interesse propter voluptatem et gestationem et esse huic interdicto locum.

2. Umgekehrt hat auch der Usufructuar, obschon er im Uebrigen den Ertrag des Grundstücks erhöhen darf, sich doch der Wegnahme dieser Bäume und überhaupt aller Aenderungen, welche den Ertrag auf Kosten der Annehmlichkeit erhöhen, zu enthalten; auch die Annehmlichkeit hat ihren Werth, wenn nicht für ihn, so doch für den Eigenthümer, auch sie wird rechtlich geschützt.

l. 13 § 4 de usufr. (7. 1) ... et si forte voluptarium fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid quod ad reditum spectat.

3. l. 25 § 2. Loc. (19. 2).

Wenn dem Miether durch einen Bau auf benachbartem Grund und Boden Licht und Aussicht entzogen wird, so hat er dieserhalb die actio conducti, beziehungsweise kann er am Miethzins einen Abzug machen. Dasselbe gilt für den Fall, wenn der Vermiether unterlassen hat, die schadhaften Fenster und Thüren zu repariren (so auch l. 15 § 1 ibid.), während er allerdings kleine, durch nothwendige Reparaturen veranlaßte Unbequemlichkeiten ertragen muß (l. 27 pr. ibid.).

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. 4. Zulassung der auf bloße Annehmlichkeiten gerichteten
S. 70. Prädialservituten.

Während die Prädialservitut des älteren Rechts: die den Interessen der Landwirthschaft dienende Rusticalservitut lediglich auf den Nutzen berechnet war, hat die des neueren Rechts: die durch die Interessen des städtischen Lebens hervorgerufene und für sie bestimmte Urbanalservität gleichen Schritt gehalten mit der Entwickelung des städtischen Lebens, sie dient nicht bloß dem Nutzen, sondern auch dem Vergnügen, das Erforderniß der „utilitas" („servitus fundo utilis esse debet") ist bei ihr auch auf die Annehmlichkeit, Behaglichkeit des Lebens ausgedehnt worden, so daß z. B. auch eine Aussichtsgerechtigkeit bestellt werden kann, und dieser Fortschritt hat selbst auf die Rusticalservitut zurückgewirkt, so daß z. B. die Wassergerechtigkeit auch des bloßen Vergnügens wegen zulässig ist.

l. 3 pr. de aqua (43. 20).

hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

5. Die actio mandati wegen nicht vermögensrechtlicher Interessen.

Die Statthaftigkeit derselben in dieser Richtung scheint mir nach der oben (S. 149) citirten l. 6 § 4, und l. 8 § 4. Mand. (17. 1) keinem Zweifel zu unterliegen. Wird in Bezug auf das für einen Dritten gegebene Mandat weder in der Person des Dritten, noch in der des Mandanten ein pecuniäres Interesse erfordert, um wieviel weniger, wenn er es für sich selber gegeben hat. Das „quatenus interest" der l. 8 § 6 ibid. ist daher wie in so vielen der theils bereits angeführten, theils noch anzuführenden Stellen auch auf ein Interesse nichtvermögensrechtlicher Art zu beziehen. Ein quellenmäßiges Beispiel eines derartigen Interesses in dem
S. 71. Fall, den Ulpian hier erwähnt, (mandavi tibi, ut fundum emeres; si intererat mea emi, teneberis) gewährt die

l. 54 de leg. II (31). XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

...saepe enim confines fundos etiam supra justam aestimationem interest nostra acquirere,

und die

l. 1 § 15 Si quid in fr. patr. (38. 5) .. hoc interesse..quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis vel vicinitatis vel coeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti.

Wenn in dem Fall der letzten Stelle die dort zur Behandlung stehende Klage verweigert wird, so geschieht es, weil ihre Voraussetzung lediglich auf den Geldwerth („pars debita bonorum") gestellt war, „fraus enim (a liberto) in damno accipitur pecuniario", für die Mandatsklage und alle die hier von uns aufgeführten gilt aber dieser Grundsatz nicht; das „quod interest" ist bei ihnen nicht auf den Geldwerth beschränkt.

6. Ruhe und Frieden.

Das prätorische Edict gab wegen doloser alienatio judicii mutandi causa eine actio in factum auf das Interesse.

l. 1 pr. de alien. (4. 7) ... tanti nobis in factum actione tenetur, quanti nostra intersit alium adversarium nos non habuisse.

Was ist unter dem Interesse hier zu verstehen? Darauf antwortet die l. 3 § 4 ibid.:

forte si quas impensas fecerit aut si quam aliam incommoditatem passus erit alio adversario substituto.

Aehnlich die l. 8 § 2 Rat. rem (46. 8). Ein Procurator hat eine freie Person als Sklaven seines Herrn vindicirt und ist abgewiesen, letzterer erhebt von Neuem den Proceß, ebenfalls ohne Erfolg. Der Beklagte kann hier den Pro- S. 72. curator aus der stipulatio ratam rem dominum habiturum

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. auf sein Interesse in Anspruch nehmen. Worin besteht sein Interesse? Darauf antwortet die Stelle:

quanti ea res est, ei praestetur ... id est quanti interfuerit ejus de statu suo rursus non periclitari et propter impendia, quae in litem fecerit.

Auch hier also wird wie im obigen Fall ein doppeltes Interesse angenommen: ein pecuniäres und ein nicht pecuniäres, und auch für letzteres, d. h. für die Unannehmlichkeit eines zweiten Processes, für Störung von Ruh und Frieden, für die Gemüthsaufregung wird dem Kläger eine Genugthuung gewährt, und zwar wohl bemerkt nicht als Strafe, sondern als Interesse („quanti ea res est i. e. quanti interfuerit ejus"). Wegen der Schwierigkeit einer derartigen Bestimmung des Interesses hatte Labeo, wie die Stelle berichtet, gerathen, jene Stipulation statt unbestimmt auf „quanti ea res est", auf eine bestimmte Summe zu stellen: „quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur", allein nothwendig war dies nicht, der Richter mußte, wenn es unterblieben, selber die Summe fixiren.

Beim Verkauf eines Sklaven macht der Verkäufer mit dem Käufer aus, derselbe solle niemals in den Besitz von seinen, des Verkäufers, Verwandten kommen, ich supponire als Motiv: um Klatschereien zu verhindern. Ist der Vertrag klagbar? Nach l. 135 § de V. O. (45. 1): Ja, obschon ein Geldinteresse hier schlechterdings nicht ersichtlich ist. Dennoch heißt es vom Verkäufer: er könne klagen in id, quod ejus interest.

7. Körperverletzung, Schmerzen.

Obschon die römischen Juristen mehrfach anerkennen, daß der menschliche Leib und das menschliche Leben sich nicht in Geld schätzen lassen,

S. 73. l. 1 § 5, l. 7 de his qui eff. (9. 3).
l. 3 si quadrupes (9. 1).
l. 2 § 2 ad leg. Rhod. (14. 2),

und bei den verschiedenen Klagen wegen Körperverletzung ein Ersatz für entzogene Schönheit, wie man zu sagen pflegt d. h. für die ästhetische Wirkung der Körperverletzung in diesen Stellen ausdrücklich versagt wird, so läßt sich doch nicht bezweifeln, daß dem Verletzten auch schon nach römischem Recht (nicht erst nach unserer modernen Praxis) ein Anspruch auf Schadloshaltung wegen der realen Verletzung und der ausgestandenen Schmerzen zustand. Schon im alten Recht bei der legis actio membri rupti war an die Stelle der durch die XII Tafeln für den Fall unterbliebener Vereinbarung der Parteien über den Betrag der Abfindungssumme festgesetzten Talion richterliche Feststellung der Abfindungssumme getreten. Daran schloß sich das prätorische Edict mit der actio de effusis et dejectis, welche für den Fall: „si nocitum esse dicetur“ auf „quantum ob eam rem aequum judici videbitur“ ging, l. 1 pr. de his qui effud. (9. 3). Ulpian bemerkt in l. 1 § 6 ib. ausdrücklich, daß die obigen Worte: quantum aequum videbitur sich nicht bezogen auf die damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus vel quid aliud scissum corruptumve est (das fiel unter das damnum injuria datum der lex Aquilia), sed ea, quae in corpus ejus admittuntur“, worunter nicht bloß die Kurkosten und Versäumnißschäden der l. 3 si quadrupes (9. 3) zu verstehen sind, denn die l. 5 § 5 ibid. sagt ausdrücklich, daß es sich bei dieser Klage nicht um den pecuniären Schaden handle: non sit damnum pecuniarium. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Im Fall der Körperverletzung durch wilde Thiere gab das in l. 40—42 de aed. ed. (21. 1) mitgetheilte ädilicische Edict dem Verletzten eine Klage auf: „quanti bonum aequum judici videbitur“ d. h. auf einen nach Maßgabe der individuellen Verhältnisse, wobei insbesondere die Körperverletzung in Betracht gezogen sein wird, zu bestimmende Satisfaction. S. 74. Nach der l. 27 § 5 de adult. (48. 5) wird dem Freien, der als vermeintlicher Sklave auf Antrag Jemandes der Folter

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. unterworfen ist, die Klage, die seinem Herrn, wenn er Sklave gewesen wäre, auf Zahlung des doppelten Werths zugestanden hätte, als utilis actio gegeben, in der That also ein Aequivalent für ausgestandene Schmerzen.

2. Ideale Interessen.

1. Das religiöse Gefühl.

Eine Kränkung desselben geschieht durch die Verunreinigung oder Verletzung des Grabmals, und das Recht gewährt dagegen seinen Schutz mittelst der actio sepulcri violati. Hätte der römische Richter blos den Geldwerth ermitteln sollen, so möchte es ihm schwer geworden sein, die Anweisung, welche die l. 3 § 8 de sep. viol. (47. 12) ihm giebt, zu befolgen. Hier heißt es:

> Qui de sepulcri violati actione judicant, quatenus intersit scilicet ex injuria, quae facta est, item ex lucro ejus, qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate ejus qui fecit.

Das ideale Interesse der erlittenen Rechtskränkung wird hier von dem ökonomischen ausdrücklich unterschieden.

Ein anderes dahin gehöriges Beispiel gewährt die l. 11 de relig. (11. 7). Der Verkäufer des Grabmals behält sich vor, daß der Käufer gewisse Leichen dort nicht bestatten soll — eine Vereinbarung ohne jegliches pecuniäres Interesse; gleichwohl ist der Vertrag gültig.

2. Der Ehrgeiz.

Es hat Jemand eine zu Ehren eines Andern öffentlich errichtete Bildsäule entfernt: hier gibt die l. 11 § 1 quod
S. 75. vi (43. 24) letzterem das Interdiktum quod vi aut clam, obschon sich doch dieselbe nicht in seinem Eigenthum befand, und kein anderes Interesse in seiner Person verletzt ist als das des Ehrgeizes,

> . . . . eum, cujus statua in loco plublico in municipio

posita sit, quod vi aut clam agere posse, quia *in-* XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
terfuerit ejus non tolli.

3. Der Familiensinn.

Als genügender Restitutionsgrund für den Minderjährigen wird in der l. 35 de minor. (4. 4) anerkannt:

> si ejus *interesse* emtam ab eo rem fuisse probetur, veluti quod majorum ejus fuisset.

Ebenso dasselbe Interesse für den Patron in Bezug auf die Nachsuchung der bonorum possessio contra tabulas an dem insolventen Nachlaß des Freigelassenen in l. 36 de bon. lib. (38. 2):

> multi enim casus intervenire possunt, quibus *expediat* patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus *majorum patroni sepulcra* sint et magni aestimat patronus bonorum possessione jura pro parte ad se pertinere vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed *affectu* sit aestimandum ... *animo* potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat.

Sodann die Verhaltungsmaßregel in Bezug auf den Vormund:

> l. 22 Cod. de adm. tut. (5. 37) ... nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut re- S. 76.
> vulsas satis est lugubre.

4. Das Patronatsverhältniß.

Wenn Jemand einen Sklaven gekauft und freigelassen hatte, der einen testamentarischen Anspruch auf Freilassung durch den Erben hatte, so konnte derselbe letzteren als seinen Patron reclamiren. That er es, so ging der Käufer des

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Patronatsrechts verlustig, und es fragte sich, ob ihm dieserhalb die actio emti zuzugestehen sei. Wie Paulus in der l. 43 de act. emti (19. 1) berichtet, hatte Ulpian die Frage verneint, während er selber mit Julian in l. 45 § 2 ibid. sie bejaht, und mit Recht. Allerdings handelte es sich beim Patronatsrecht, insofern dem Sklaven bei der Freilassung nicht besondere Auflagen gemacht waren (operarum promissio), nicht um ein pecuniäres Interesse, (daher die Entscheidung in l. 5 § 5 de praesc. verb. 19. 5: an deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari), denn die Aussicht auf das dem Patron zustehende Erbrecht war völlig unsicher, indem sie davon abhing, daß der Freigelassene Vermögen und keine Kinder hinterließ. Aber andererseits hatte dasselbe doch einen gewissen idealen Werth, es begründete ein vom Recht anerkanntes und geschütztes Verhältniß der Unterthänigkeit, Dankbarkeit, Pietät, und es war demnach der Verlust des Patronatsrechts im obigen Fall im Sinne des Rechts als ein Verlust zu bezeichnen (l. 25 de fideic. lib. (40.5) ... ne emtor pretium et libertum perdat). Die Fixirung der Geldsumme war wiederum Sache des Richters; ob groß, ob klein, jedenfalls erkannte er damit an, daß ein Recht, auf das man im römischen Leben hohes Gewicht legte, nicht ohne Entschädigung entzogen werden könne.

S. 77.

C. Die Resultate.

§ 13.

Ich habe im Bisherigen das Quellenmaterial, das ich mir seit Jahren gesammelt habe, und das sich wahrscheinlich noch wird vermehren lassen, vollständig mitgetheilt, und ich habe, um den Eindruck nicht abzuschwächen, und zugleich, um auf einzelne entscheidende Quellenäußerungen Bezug nehmen zu können, die Quellen meistens selber sprechen lassen. Ich

fürchte nicht auf Widerspruch zu stoßen, wenn ich auf Grund XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
dieses Materials folgende Sätze aufstelle:

1. Es ist ein Irrthum, wenn man aus der Einrichtung der Geldcondemnation im römischen Prozeß den Schluß zieht, daß der Richter nur Interessen und Güter habe schätzen können, welche einen ökonomischen Werth haben. Die Geldcondemnation in seinen Händen umfaßte vielmehr alle Interessen, die das Recht für schutzbedürftig und schutzwürdig anerkannte. Zu der „vera rei aestimatio" als Gegenstand der richterlichen Schätzung gesellen sich dem obigen nach noch hinzu:

„affectus, affectiones, verecundia, pietas, voluptas, amoenitas, incommoditas" u. a. m.

Dem Kläger soll nicht bloß für pecuniäre Verluste, sondern auch für die erfahrene Minderung seines Wohlseins oder Behagens, für verursachte Unannehmlichkeiten, Gemüthsaufregungen, Kränkungen u. s. w. ein Ersatz geleistet werden, und zwar nicht etwa eine im Voraus durch das Gesetz festgesetzte Strafsumme, sondern der Richter hat mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse nach freiem Ermessen die Ausgleichungssumme zu bestimmen, („quanti interest ex injuria" S. 158), kurz das Geld hatte im römischen Prozeß neben seiner Aequivalent- und seiner Straffunction (für den Prätor S. 139, für den Richter S. 143) auch die S. 78.
Satisfactionsfunction.

2. Der Ausdruck: id quod interest, quanti ejus interest u. s. w. bedeutet in der Sprache der Quellen nicht bloß das Geldinteresse, sondern jedes vom Recht geschützte Interesse. „Interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi (S. 145), interest patris filiam dotatam habere (S. 146), interesse heredis credendum est, si testator filio prospectum voluit (S. 147), si monumentum fieri voluit (S. 147) defuncti existimationem purgari (S. 148), interest hominis hominem beneficio affici (S. 148), interest fructuarii propter voluptatem et gesta-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. tionem (S. 153), interest ex injuria, quae sepulcro violato facta est (S. 158), interest statuam ejus non tolli (S. 159) u. a. m.

Wer will Angesichts aller dieser Zeugnisse noch die Behauptung aufrecht erhalten: das „interest" unserer Quellen sei lediglich auf das Geldinteresse zu beziehen, wer klagen wolle, müsse nachweisen, daß die Nichterfüllung des Anspruches ihm einen pecuniären Nachtheil zugefügt habe? „Placuit prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam, sagt Papinian in der oben (S. 148) citirten l. 54 pr. Mand. (17. 1) d. h. die römische Jurisprudenz ist zu der Einsicht gekommen, daß der Werth des Lebens nicht im Gelde allein besteht, daß es außer dem Gelde vielmehr noch andere Güter gibt, auf welche der gebildete Mensch Werth legt, und die er den Anspruch erhebt vom Recht geschützt zu sehen, und in der l. 6 § 1 de serv. exp. (18. 7) setzt derselbe Jurist dem Fall: si pecuniae ratione interest, den des mangelnden Geldinteresses oder, wie er es in l. 7 ib. positiv ausdrückt, die „affectus ratio" entgegen. „Prudentioribus placuit" sagt Papinian, d. h. die Verständigen sind darüber nicht im Zweifel — wer S. 79. darauf das argumentum a contrario anwenden will, hat damit Papinians Urtheil über die Ansicht unserer heutigen Theoretiker, die wir hier genöthigt sind zu bekämpfen.

3. Die Satisfactionsfunction des Geldes beschränkt sich nicht auf Delicte, nicht auf den bei ihnen durch das Gesetz gewährten Anspruch auf „vindicta" (l. 2 § 4 de coll. 37. 6) oder „ultio" (l. 6 de sep. viol. 47. 12), sondern sie greift auch bei den Verträgen Platz: „in bonae fidei judiciis affectus rationem habendam esse", l. 45 pr. cit. Nicht eine Besonderheit des Sklavenrechts ist es, daß der Verkäufer des Sklaven vom Käufer die Innehaltung der ihm in Bezug auf letzteren gegebenen Verhaltungsmaßregeln verlangen kann, nicht um Fälle singulärer Art handelt es sich

in der l. 54 cit., die heutzutage keine Anwendung mehr XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
finden können, wie Renaud (s. oben S. 122) behauptet, sondern um ein allgemeines Rechtsprincip sämmtlicher bonae fidei judicia, und die Quellen haben, wie oben nachgewiesen, es an Anwendungsfällen nicht fehlen lassen. Der Miether erhält Schadloshaltung für Entziehung von Aussicht und Licht, für schlechte Fenster und Thüren (S. 153), obschon er keine pecuniäre Einbuße erlitten hat, der Mündel dafür, daß der Vormund es unterlassen hat, seine nächsten Angehörigen zu unterstützen (S. 146), obschon ihm dadurch Ausgaben erspart worden sind, der Vormund gegen seinen Mitvormund dafür, daß er das Mandat zu Gunsten des Pupillen nicht erfüllt hat, (S. 149) der Eigenthümer dafür, daß der Usufructuar den Park in einen Nutzgarten verwandelt hat (S. 153), obschon der Ertrag dadurch gesteigert ist, der Prokurator muß den Beklagten, der genöhigt worden ist von Neuem zu prozessiren, für die verursachten Weitläufigkeiten und Gemüthsaufregungen in Geld entschädigen (S. 156), der Verkäufer erhält eine Genugthuung für die Mißachtung der dem Käufer des Sklaven auferlegten Verpflichtung in Bezug auf seine Behandlung (S. 148).

Dem entsprechend würde ich, um zu den oben (S. 128) S. 80.
angeführten Beispielen des heutigen Lebens zurückzukehren, als Richter auch nicht den mindesten Anstand nehmen, dem Kellner für die entzogenen freien Sonntagnachmittage, dem Miether für die verwehrte Benutzung des Gartens, dem Vermiether für das vertragswidrige Musiciren eine Schadloshaltung zuzusprechen — ihretwegen sowohl, wie im Interesse der Rechtsordnung, damit Treu und Glauben im Verkehr nicht ein leerer Schall bleibe.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

D. Beseitigung der scheinbar entgegenstehenden Quellenzeugnisse.

§ 14.

Es bleibt mir jetzt noch der Nachweis übrig, daß die Quellenzeugnisse, auf welche die Gegner ihre Theorie glauben stützen zu können, der hier vorgetragenen Ansicht nicht im Wege stehen.

Es sind folgende:

1. Die l. 9 § 2 de statul. (40. 7), die eigentliche Quelle des ganzen Irrthums. Würde der Jurist mit dem Passus: „ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt" das haben sagen wollen, was man, durch Gajus verleitet, darin hat finden wollen: Obligationsgegenstand kann nur eine Leistung von *ökonomischem* Werth sein, so würde er, wie aus den bisherigen Quellenzeugnissen hervorgeht, etwas entschieden Unrichtiges behauptet haben. Wie läßt sich sein Ausspruch mit ihnen vereinigen?

Auch die Güter und Interessen, welche nicht Geld und Geldeswerth zum Zweck haben, können, wie sie uns lehren, im Geld *geschätzt* werden: „pecunia lui praestarique pos-
S. 81. sunt." Aber bei einer unmöglichen Leistung fällt dies hinweg, und gerade um eine solche handelte es sich in dem Fall, der dem Juristen zur Entscheidung vorlag. Der versprochene Sclave war in Folge testamentarischer Anordnung frei geworden, damit war die Leistung desselben unmöglich geworden, „*libertas* pecunia *lui* non potest nec reparari potest d. h. für die Freiheit gibt es kein Aequivalent, weder für den Sclaven selbst (libertas res inaestimabilis est l. 106 de R. J. 50. 17), noch für den Dritten, denn eine freie Person läßt sich nicht für Geld kaufen, die einmal zugefallene Freiheit läßt sich weder rückgängig machen (reparari non potest,) noch dem Sclaven um Geld abkaufen (lui non potest).

So verstanden gewinnt der obige Passus einen Sinn, in dem er sich mit den übrigen Aeußerungen und Entschei-

dungen unserer Quellen verträgt. Wenn aber zwischen der abstracten Formulirung eines Princips und den concreten Entscheidungen unserer Quellen ein Widerspruch obwaltet, so folgen wir nur der Anweisung, welche die Quellen selber uns gegeben, (l. 1 de R. J. 50. 17 Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat; l. 202 ibid.: Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit) wenn wir uns an letztere halten und die Formulirung entweder nach ihnen berichtigen oder in dem Sinn auffassen, in dem sie sich mit ihnen verträgt. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

2. l. 95 de V. O. (45. 1) und

3. l. 7 de praes. verb. (19. 5).

Ich fasse beide Stellen zusammen, weil sie meines Erachtens auf eine und dieselbe Weise zu erklären sind.

Wir haben oben die Zusicherung, welche sich der Vermiether vom Miether in Bezug auf das Unterlassen des Musicirens ertheilen läßt, für rechtsverbindlich erklärt. Diesem Fall stellen wir denjenigen gegenüber, daß ein Arzt seinem S. 82.
Patienten das Versprechen abnimmt, sich mit Rücksicht auf sein erregtes Nervensystem ein halbes Jahr hindurch des Musicirens zu enthalten. Ist das Versprechen ebenfalls rechtlich bindend? Gewiß nicht! Und doch hat der Vertrag ganz denselben Inhalt wie im obigen Fall — woher also die Verschiedenheit? Die Antwort liegt auf der Hand: der Vermiether hat ein Interesse, der Arzt nicht, jener hat das Versprechen abgenommen in seinem eigenen Interesse, dieser in dem des Patienten, es ist ein ärztlicher Rath, den er ihm gegeben hat, ein Rath aber verändert dadurch seinen Charakter nicht, daß die Befolgung desselben versprochen wird,

l. 2 § 6 Mand. (17. 1).

... cujus generis mandatum consilium magis est

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur,

l. 2 pr. ibid. .... quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

Wir hätten damit also den Satz gewonnen: das Versprechen muß für denjenigen, dem es ertheilt wird, ein Interesse haben, wenn auch dasselbe nicht vermögensrechtlicher Art zu sein braucht. Es hat Sinn, wenn der Vermiether sich vom Miether versprechen läßt, daß derselbe nicht musiciren, keine Hunde halten solle, keinen Sinn, wenn Jemand es sich von Einem versprechen läßt, der in einem anderen Stadttheil wohnt. Nicht jeder Vertrag als solcher verpflichtet, sondern nur, wenn die Beschränkung, die der Promittent auf sich nimmt, dem Promissar zu Gute kommt, der Eine muß dadurch gewinnen, daß der andere leidet — die bloße Beschränkung als solche findet nicht den Schutz des Rechts, es bedarf ihrer Motivirung und Rechtfertigung
S. 83. durch das Interesse eines Andern. Das ist das Zweckmoment im Recht, das bei allen Rechten im subjectiven Sinn (den rechtlich geschützten Interessen nach meiner Definition) erforderlich ist.

In Bezug auf die Prädialservituten wird dasselbe ausdrücklich eingeschärft durch die

l. 15 pr. de Serv. (8. 1).

Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti: ne per fundum tuum eas aut ibi consistas et ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.

Also das Versprechen, auf eigenem Grund und Boden keinen Brunnen zu graben, ist unwirksam, so weit es nichts

ist als eine bloße Beschränkung des einen Theils, es wird erst wirksam und bindend, wenn sich das Interesse von der anderen Seite (Sicherung der Speisung des eigenen Brunnens) hinzugesellt, jetzt kommt, was der Eine einbüßt, dem Andern zu Gute, das Versprechen ist nicht bloß eine Willensübereinkunft (abstract verpflichtende Kraft des Vertrages), sondern es hat einen vernünftigen Sinn, einen Zweck (Zweckmoment der Prädialservitut). XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Das Versprechen, beim Bau des Hauses eine gewisse Höhe einzuhalten, ist bindend, wenn es vom Nachbarn dem Nachbarn ertheilt wird (servitus altius non tollendi), unverbindlich und völlig wirkungslos, wenn es einem entfernt Wohnenden abgelegt wird (Erforderniß der Vicinität bei der Prädialservitut).

Also Interesse am Vertrage, damit derselbe bindend sei! Welcher Art dies Interesse sein müsse, steht für uns augenblicklich nicht zur Frage, es genügt uns die bloße Negative: ohne Interesse kein bindender Vertrag.

Treten wir mit diesem Satz an die erste der obigen Stellen heran: S. 84.

l. 95 de V. O. (45. 1).

> Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit, si et tibi insulam fieri ejus interest.

Ich will gestehen, daß ich diese Stelle früher gründlich mißverstanden habe, es tröstet mich nur, daß es Andern nicht besser gegangen ist. Ich hatte mir den Fall der Sache so gedacht, daß Jemand mit einem Bauunternehmer einen Vertrag über die Errichtung eines Hauses (locatio conductio operis) abgeschlossen und seinen Anspruch daraus dann in die Form einer Stipulation gebracht hatte. Es wollte mir nicht in den Sinn, daß der Eigenthümer hier noch erst sein Interesse an Ausführung des Baues solle nachweisen müssen, denn das Interesse, sagte ich mir, ist ja gar nicht zu be-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. zweifeln — warum schließt er sonst den Contract ab? Läßt sich für die Stipulation das Interesse in Frage stellen, warum nicht auch für die ihr vorausgegangene locatio conductio operis? Dann müßte auch bei der Klage aus dem letzteren Vertrage der Kläger sich erst über sein Interesse ausweisen — eine Absurdität! Die Absurdität wird dadurch nicht geringer, daß der eine Vertrag stricti juris, der andere bonae fidei ist — ein Auskunftsmittel, durch welches Manche die Anwendbarkeit jener Stelle für unser heutiges Recht haben S. 85. beseitigen wollen?[6]) Das Unsinnige bleibt unsinnig, ob es im Gewande des jus strictum oder der bona fides auftritt, und etwas geradezu Unsinniges habe ich meinerseits im römischen Recht noch nicht entdeckt, auch nicht im jus strictum.

Der Eindruck des Befremdenden bei der obigen Stelle steigert sich, wenn man den Umstand in Anschlag bringt, daß der Stipulant im Fall der Stelle nicht einmal den Platz bezeichnet hatte, auf dem das Gebäude errichtet werden sollte, wie aus den Worten: „si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit" hervorgeht. Wo in aller Welt ist jemals ein Bauvertrag abgeschlossen worden, bei dem der Bauherr dies unterlassen hätte!

Das sind die Consequenzen, zu denen meine frühere Auffassung der Stelle mich führte, und man wird es begreifen, wenn ich gestehe, daß sie mir ein Räthsel war. Von derselben Voraussetzung sind meines Wissens auch alle andern Juristen ausgegangen. Die Glosse bemerkt zu der Stelle: si quis stipuletur, sibi insulam fieri, debet locum designare, in

6) So z. B. Baron, Pandekten § 208 (S. 415), dessen Darstellung unserer Lehre im Uebrigen alle Anerkennung verdient. Windscheid, Pandekten II § 251 Anm. 3 glaubt die Stellen aus der „Nothwendigkeit der Geldcondemnation, in deren Voraussetzung sie geschrieben sind", erklären zu können. Allein diese Nothwendigkeit existirte für alle Klagen, und sicherlich hat doch der Kläger bei der reivindicatio, condictio ex mutuo, actio emti, actio conducti u. s. w. nicht erst sein Interesse nachweisen müssen.

quo fieri eam vult, alias non valet stipulatio, und an XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
einen andern Fall hat, soweit ich die Literatur verglichen habe, auch späterhin Niemand gedacht.

Worauf aber stützt sich das „sibi fieri", welches die Glosse supponirt? Die Stelle selber enthält das „sibi" nicht. Wie nun, wenn der Stipulant nicht einen Bau auf eigenem, sondern auf fremdem Grund und Boden, nicht einen für sich, sondern für den Versprechenden selber im Auge gehabt hätte? Man wird einwenden: welches vernünftige Interesse kann er daran haben, daß der Promittent sich ein Haus baue? Ich ertheile darauf folgende Antwort: Ein Speculant wünscht, eine große Bodenfläche in einer bisher nicht bebauten Gegend zu Bauplätzen auszugeben. Jeder, der von ihm einen Bauplatz kauft und darauf ein Haus baut, steigert den Werth der noch unverkauften Bauplätze. Sein Interesse gebietet ihm mithin, S. 86.
Jedem, der dort einen Bauplatz kauft, die Verpflichtung aufzulegen, dort ein Haus zu bauen: „insulam fieri". Statt dieser bloß abstract gesetzten Möglichkeit führe ich einen concreten Fall an, der sich wirklich ereignet hat. Dem preußischen Kriegsministerium wurden vor einigen Jahren von einem Privatmann ein großes Bauareal in Lichterfelde bei Berlin geschenkt, um dort die Kriegsschule zu errichten. Die voraussichtliche Folge der Verlegung der Kriegsschule von Berlin nach Lichterfelde war, daß manche Gewerbsleute sich dort ansiedeln, also Bauplätze kaufen würden — das Geschenk machte sich mithin bezahlt! Wenn nun der Schenker in dem Schenkungsvertrag sich die Zusicherung des Baus der Kriegsschule in Lichterfelde ertheilen ließ, wird Jemand darüber im Zweifel sein, daß er ein Interesse an der Innehaltung des Vertrags hatte, und daß das Kriegsministerium nicht die Befugniß gehabt haben würde, über den ihm geschenkten Platz in anderer Weise zu disponiren, sondern die Verpflichtung hatte, auf demselben die Kriegsschule zu bauen? Jetzt vergleiche man die oben citirte l. 95 de V. O.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et ibi insulam fieri ejus interest.

Ich meine, damit dürfte dieselbe erklärt sein. Ich wende mich der dritten Stelle zu:

l. 7 de praescr. verb. (19 5). Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

Die Stelle rührt von demselben Papinian her, der in der oben angeführten l. 54 Mand. (17. 1) und der l. 7 de serv. exp. (18. 7) für die Verträge, welche die Freilassung oder gute Behandlung des Sclaven zum Gegenstand haben, S. 87. ausdrücklich bemerkt, daß es bei den bonae fidei judiciis (und dazu gehört nach l. 2 § 2 de prec. 43. 26 auch die act. praescriptis verbis), des Geldinteresses nicht bedürfe, daß vielmehr das rein persönliche Interesse („affectus ratio") genüge. Die l. 7 cit. kann mithin nicht den Sinn haben, den man in ihr finden will: ein Vertrag über Freilassung eines Sclaven sei nur klagbar, wenn sich daran für den Kläger ein Geldinteresse knüpfe.

Aber wie ist die l. 7 cit. mit den beiden übrigen Stellen zu vereinigen?

Dazu bietet sich ein doppelter Weg dar. Der erste: unter „interesse" ist, wie wir oben (S. 161) sahen, nicht bloß das Geldinteresse zu verstehen. Allerdings scheint das „quanti interest" auf Geld hinzuweisen, allein daß die quantitative Betonung des Interesses sich auch mit nichtökonomischen Interessen verträgt, zeigt

§ 7 J. de injur. (4. 4). Sed postea praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti inju-

riam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
visum fuerit.

Der zweite: Papinian statuirt das persönliche Interesse am Sclaven nur bei dem eigenen, nicht bei dem fremden Sclaven. Bei jenem, so würden wir seine Gedanken ergänzen, ist dasselbe erklärlich, es ist das natürliche Resultat des häuslichen Verkehrs zwischen Herrn und Sclaven. Ganz anders bei einem fremden Sclaven. Er steht dem Dritten fremd gegenüber als einer von den vielen Tausenden von Sclaven, die in Rom leben. Welches Interesse hat der Dritte daran, daß gerade er frei werde? Warum nicht ebenso gut jeder andere? Darum nimmt das Recht die Verträge des bisherigen Herrn
in Bezug auf Freilassung und gute Behandlung des Sclaven S. 88.
unter seinen Schutz, nicht aber die eines völlig fremden.

Zur Unterstützung für diese Ansicht berufe ich mich auf den Einfluß, den das römische Recht auch sonst dem persönlichen Interesse an der eigenen Sache zugesteht. Geht der Anspruch des Klägers auf Leistung einer fremden Sache, so hat der Beklagte bloß das Geldinteresse zu leisten, geht er auf Rückgabe der eigenen, so auch das persönliche (Affections-)Interesse (quanti in litem actor juraverit). Wer seine Sache verkauft, kann in Bezug auf die Behandlung derselben dem Käufer Beschränkungen auferlegen (legem dicere), welche in Bezug auf eine ihm nicht gehörige Sache völlig wirkungslos sein würden [7]).

In Bezug auf den Freilassungsvertrag knüpft das römische Recht an diesen Unterschied, ob der Sclave, zu dessen Gunsten er geschlossen wird, dem Stipulanten gehört oder nicht, die

---

7) Ich habe dies an anderer Stelle (Jahrbücher für Dogmatik X S. 551—553, 567 und Geist des römischen R. III, 1 S. 327, Anm. 444) bereits nachgewiesen und beschränke mich hier auf die Namhaftmachung der einschlagenden Stellen; für den ersten Satz: l. 19 de serv. (8, 1) l. 6 pr. Comm. praed. (8, 4) l. 11 de relig. (11, 7) l. 9 Cod. de pact. int. emt. (4, 54), für den zweiten l. 61 de pact. (2, 14).

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. einflußreiche Folge, daß der Vertrag zu Gunsten des eigenen dingliche, zu Gunsten des fremden nur obligatorische Wirkung erzeugt, d. h. dort wird der Sclave, wenn der Käufer den Vertrag nicht inne hält, ipso jure frei, hier wird dem Verkäufer nur eine persönliche Klage gegeben[8]).

So dürfte es begreiflich werden, wenn derselbe Jurist in l. 7 cit. ein Geldinteresse an der Freilassung des Sclaven verlangt, in der l. 15 cit. dagegen das bloße Affectionsinteresse für ausreichend erklärt, dort handelt es sich um den fremden, hier um den eigenen Sclaven.

S. 89. Man wird zugestehen, daß dieser Gegensatz etwas Berechtigtes hat. Wenn Jemand, um ein Beispiel aus unserer heutigen Zeit zu wählen, ein Reitpferd verkauft, das ihm Jahre lang gedient hat, und das für ihn Gegenstand der Anhänglichkeit geworden ist, so ist es zu begreifen und nichts weniger als selten, daß er dem Käufer die Verpflichtung auferlegt, dasselbe nicht zu schwerer Arbeit zu verwenden. Ebenso bei dem Legat seiner Gemäldegallerie oder Bibliothek an den Staat, die Gemeinde u. s. w., die Auflage, daß sie nicht verkauft oder getrennt werden solle, oder beim Verkauf eines Landguts, daß der Park und das dort befindliche Denkmal eines Vorfahren geschont werden solle. Dagegen habe ich nie gehört, daß Jemand in Bezug auf fremde Pferde, Bibliotheken, Gemäldegallerien, Häuser etwas derartiges ausbedingt. Ein Vater oder Vormund, der seine Tochter oder Mündel als Dienstmädchen vermiethet, mag für sie ausbedingen, wie sie in Bezug auf Kost und Arbeit gehalten werden solle, und nach unseren frühern Ausführungen (§ 12) ist ihm die Klage nicht zu versagen; würde ein Dritter es thun, so würde der Vertrag ebenso wenig rechtliche Wirkung erzeugen, als bei den Römern der über Freilassung eines fremden Sclaven.

---

8) S. die obige Abhandlung von mir in den Jahrbüchern X S. 548, 549.

Damit dürften die beiden obigen Stellen beseitigt sein, XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. und es bleibt von denen, welche die Vertheidiger des Geldwerthes der Obligation für ihre Ansicht ins Treffen führen, nur noch eine übrig, die l. 38 § 17 de V. O. (45. 1). Da dieselbe aber das Erforderniß des Geldinteresses für die Obligation mit keinem Worte betont, sondern nur das Erforderniß des Interesses der Obligation für den Gläubiger verlangt, von dem ich erst unten (§ 17) sprechen werde, so kann sie hier übergangen werden.

Ich schließe mit dem Resultat: es gibt keine Stelle in unseren Quellen, welche den Geldwerth der Leistung als unerläßliche Voraussetzung der Obligation erfordert, dagegen S. 90. eine Reihe anderer, welche die Thatsache beweisen, daß der römische Richter auch wegen nicht ökonomischer Interessen auf Geld erkennen konnte, und zwar nicht blos bei Delicts- sondern auch bei Contractsklagen. Würde sich aber auch für letztere kein einziges Zeugniß beibringen lassen, so würde jedenfalls schon der für die Delictsklagen erbrachte Nachweis, daß die „pecuniaria aestimatio" der condemnatio bei Gajus IV 48 nicht mit der Zuerkennung des Geldwerthes zusammenfällt, ausreichen, um dem Dogma: daß die Obligation nur eine Leistung vermögensrechtlicher Art zum Gegenstand haben könne, ihr Fundament zu entziehen. Das ganze Dogma ist nichts als ein durch Mißverständniß einer rechtshistorischen Notiz veranlaßter Irrthum.

Freilich für den Richter ist der Satz, den diese Theorie ihm bietet, recht bequem. Er überhebt ihn der schwierigen Untersuchung: wie weit er den Schutz der rein persönlichen Interessen ausdehnen darf, und er ermöglicht ihm eine Anwendung des Rechts, die ihn aller Zweifel und Schwierigkeiten überhebt, — wo der Geldwerth sich nicht darthun läßt, weist er die Klage ab! Aber ein Anderes ist das Interesse des Richters, ein anderes das des Verkehrs, und es heißt, das natürliche Verhältniß auf den Kopf stellen, wenn man

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. letzteres dem ersteren unterordnen will. Unbestimmtheit des vom Richter zur Anwendung zu bringenden Maßstabes oder Gesichtspunktes ist kein Grund, den Maßstab oder Gesichtspunkt, wenn er sonst durch das Bedürfniß des Lebens geboten ist, zurückzuweisen und ihn durch einen andern zu ersetzen, der zwar für den Richter den Vorzug der Bestimmtheit voraus hat, aber für das Leben sich als unbrauchbar erweist. Der Maßstab des diligens paterfamilias, nach dem der Richter den wichtigen Unterschied zwischen culpa lata und levis zu bestimmen hat, ist um nichts weniger unbestimmt und elastisch als der des persönlichen Interesses, und das
S. 91. Erforderniß der „langen Dauer" („usus longaevus, longa consuetudo, tenaciter conservata" u. s. w.) beim Gewohnheitsrecht gibt in dieser Beziehung beiden nichts nach. Aber dazu ist eben der Richter da, daß er im Stande sei, die Unvollkommenheiten der abstracten Formulirungen des Rechts durch eigene Einsicht und richtigen Takt zu ergänzen — ein Richter, der weiter nichts kann, als die abstracten Rechtssätze schablonenmäßig zur Anwendung zu bringen, ist seines Namens unwürdig. Die Anforderung, welche die l. 54 Mand. (17. 1) an ihn stellt: in bonae fidei judiciis affectus rationem habendam esse ist keine schwierigere als die, daß er den Maßstab des diligens paterfamilias, das Erforderniß der longa consuetudo und so vieles Andere im einzelnen Fall richtig zu handhaben verstehe.

Ich bin damit keineswegs gewillt, die Schwierigkeiten der praktischen Anwendung des Satzes, den ich hier vertheidige, in bequemer Weise von mir abzuwenden und dem Richter zuzuschieben, ich halte es vielmehr für meine Pflicht, meine bisherigen im Wesentlichen nur negativen Ausführungen durch den positiven Nachweis zu ergänzen, bis wie weit sich der Schutz der nicht ökonomischen oder persönlichen Interessen zu erstrecken habe. Nicht, als wenn ich glaubte, damit etwas Erschöpfendes geben zu können, aber doch in der Hoffnung,

daß bei einer Materie, an der der Theoretiker gern mit behutsamer Zurückhaltung vorüberschleicht, auch ein bescheidener Beitrag nicht unwillkommen sein dürfte. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

E. Positive Grenzbestimmung des Interessenschutzes für unser heutiges Recht.

§ 15.

Wo ist die Grenze für die Klagbarkeit des Vertrages? Windscheid (Pandekten § 251, Anm. 3) stellt die Voraussetzung der Klagbarkeit auf ein „nach dem Ermessen des Richters berechtigtes Interesse" und schließt sie aus, wo „der Forderung eine bloße Laune zu Grunde liegt". Ebenso Baron (Pandekten § 208). Ich glaube nicht, daß dieser Gegensatz die Sache erschöpft; es gibt Interessen, die wir nicht als Laune bezeichnen, und die dennoch auf Rechtsschutz keinen Anspruch haben. S. 92.

Versuchen wir, die Grenze des Rechtsschutzes zunächst negativ zu bestimmen, indem wir diejenigen Verhältnisse ausscheiden, denen zweifellos der Rechtsschutz nicht gebührt.

Das sind zunächst die der Geselligkeit. Das gesellige Leben steht außerhalb des Rechts, es schließt seiner Natur nach den äußeren Zwang aus. Eine Einladung zu einer Gesellschaft von der einen, und die Annahme derselben von der andern Seite erzeugt für beide Theile keine rechtliche Wirkung. Dies selbst dann nicht, wenn sich daran ein vermögensrechtliches Interesse knüpft. Die Einladung eines Freundes, bei ihm auf seinem Gute die Sommermonate zuzubringen, hat zweifellos einen Geldwerth, sie überhebt den Eingeladenen der Kosten für die eigene Bestreitung seines Unterhaltes. Aber wer möchte behaupten, daß der Eingeladene, wenn die Einladung zurückgenommen wird, einen Anspruch auf Ersatz dieser Kosten habe? Und doch müßten die Vertheidiger des Geldwerthes der Obligation ihm denselben gewähren! Es ergibt

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. sich daraus, daß das Dogma vom Geldwerth, wie es nach der einen Seite *zu eng*, so nach der andern Seite *zu weit* ist. An dem Interesse fehlt es dem Eingeladenen nicht, und als bloße *Laune* läßt es sich ebenfalls nicht bezeichnen, gleichwohl aber wird Niemand bezweifeln, daß eine solche Einladung keinen rechtlichen Anspruch erzeugt.

Eben so wenig die Annahme der Einladung von seiner Seite. Das Ausbleiben eines Gastes kann unter Umständen
S. 93. dem Wirth das ganze Vergnügen, das er sich und seinen Gästen von der Gesellschaft versprach, verleiden, und das Interesse, das er an dessen Erscheinen nimmt, ist gewiß keine bloße Laune, aber wer wird behaupten, daß, wenn der Eingeladene sein Kommen noch so fest und bestimmt zugesagt hat, dem Wirth daraus eine Klage auf das Affectionsinteresse zustehe? Meines Erachtens würde daran auch das Versprechen einer Conventionalpön nichts ändern, trotz der l. 38 § 17 de V. O. (45. 1). Ich würde darauf die Grundsätze von der conditio turpis zur Anwendung bringen. Der Zwang steht im Widerspruch mit dem Verhältniß, auf das er hier angewandt worden ist. Die Geselligkeit ist ihrer Natur nach *frei*, und ich würde ein solches Versprechen mit der l. 71 § 2 de cond. (35. 1) als eine „cautio, per quam jus *libertatis* infringitur" bezeichnen.

Aber das gesellige Leben kann Anlaß zu einer geschäftlichen Verbindlichkeit bieten. Der Vertrag, den der Gastgeber mit dem Lohndiener abschließt, der bei der Gesellschaft aufwarten, mit dem Koch, der das Essen liefern, mit den Musikern, die beim Ball aufspielen sollen, ist ein rein geschäftlicher und büßt durch den Umstand, daß er durch den geselligen Zweck veranlaßt worden ist, von diesem seinem Charakter nicht das Mindeste ein. Angenommen, die genannten Personen finden später eine vortheilhaftere Art der Verwendung ihrer Dienste, können sie vom Vertrage zurücktreten? Wer die verpflichtende Kraft der Verträge auf das Geldinteresse des Gläubigers stützt,

muß die Frage bejahen, denn bei der Gesellschaft, der jene XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
Personen ihre Dienste erweisen sollen, handelt es sich nicht um ein Geldinteresse, sondern um das bloße Vergnügen. Ich meinerseits würde aber als Richter keinen Anstand nehmen, die genannten Personen bei Nichterfüllung des Vertrages in eine arbiträre Geldstrafe zu verurtheilen, und ich würde glauben, mich dabei in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des römischen Rechts zu befinden.

Von der Geselligkeit, d. h. der vorübergehenden Ver- S. 94.
einigung zum Zweck der Erheiterung oder Unterhaltung unterscheide ich die Gefälligkeit d. i. die unentgeltliche Erweisung von Dienstleistungen oder die vorübergehende Ueberlassung des Gebrauchs von Sachen. Auch sie hat meines Erachtens keinen Anspruch auf Rechtsschutz, selbst wenn das Interesse vermögensrechtlicher Art ist. Wer von einem Anderen das Versprechen erhalten hat, daß derselbe ihm die Anfangsgründe der lateinischen Sprache, der Mathematik u. s. w. beibringen, ihn im Klavierspielen unterrichten wolle, hat an der Erfüllung des Versprechens ein erhebliches Interesse, es ist keine bloße Laune, die er zu befriedigen gedenkt, ja das ihm ertheilte Versprechen hat sogar einen Vermögenswerth (Betrag des Honorars, das er durch den unentgeltlichen Unterricht erspart). Und doch wer wird behaupten wollen, daß ihm eine Klage auf Erfüllung des Versprechens zugestanden werden dürfe? Das Versprechen, das ihm ertheilt ward, hatte den Umständen nach keinen geschäftlichen, rechtlich verpflichtenden, sondern einen rein freundschaftlichen Charakter, und als solches verpflichtet es nicht [9]). Was von den Dienstleistungen, gilt meines Erachtens auch von dem Versprechen der vorübergehenden Ueberlassung von Sachen, und ich halte die Ansicht, daß das pactum de commo-

9) Derartiger unverbindlicher freundschaftlicher Versprechungen gedenken l. 10 § 7 Mand. (17, 1) und l. 13 § 2 de rec. arb. (4, 8).

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. dando schlechthin klagbar sei, für verkehrt, während das vollzogene Commodat im Unterschiede vom Prekarium allerdings der Willkür des Gebers entrückt ist. Freilich ist nicht die Kündigung schlechthin ausgeschlossen, sondern nur die zur Unzeit arg. l. 17 § 3 Com. (13. 6) ... intempestive .. inoportune. Ueber das precarium s. l. 12 de prec. (43. 26) ... nulla vis est hujus conventionis, at alienam rem domino invito possidere liceat.

S. 95. Die dritte Kategorie von Versprechen, welche wir auszuscheiden haben, sind diejenigen, bei denen der, welcher sie sich ertheilen läßt, gar kein Interesse hat. Wir verweisen auf den obigen Fall des Versprechens des Patienten an den Arzt in Bezug auf das Unterlassen des Musicirens im Gegensatz zu dem des Miethers an den Vermiether (S. 165).

Worin liegt der Unterschied beider Fälle? Der Vermiether leidet unter der Nichterfüllung des Versprechens, der Arzt nicht. Ebenso leidet der Grundeigenthümer, wenn der Nachbar sein Haus höher baut, nicht aber, wenn ein Hausbesitzer in einer ganz anderen Gegend dasselbe thut; dort gibt das Recht aus dem Vertrage eine Klage, hier nicht.

Das Erforderniß des Interesses ist aber nicht auf das unmittelbar eigene zu beschränken, es umfaßt vielmehr, wie die Beispiele des römischen Rechts auf S. 145 fl. zeigen, auch das der dem Pacisc enten durch die Bande des Bluts oder der Pflicht nahe stehenden Personen. In ihnen leidet er selbst, so wie er umgekehrt bei dem auf sein persönliches Bedürfniß beschränkten usus, indem er sie an demselben participiren läßt, in ihnen genießt (l. 2 § 1 — l. 9 de usu 7. 8).

Wenn der Vater oder Vormund, indem er seinen Sohn oder Mündel in die Lehre gibt, ausmacht, daß derselbe die Confirmations- oder sonstigen Unterrichtsstunden besuchen dürfe, oder beim Gesindevertrag, wie das Dienstmädchen in Bezug auf Kost und Behandlung gehalten werden solle, so ist ihnen

meinem Dafürhalten nach die Klage auf Innehaltung des XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
Vertrages wegen angeblich mangelnden Interesses nicht zu versagen. Der Vater und der Vormund sollen bei derartigen Verträgen das Interesse ihres Kindes oder Mündels wahrnehmen, deren Interesse ist ihr Interesse, leiden letztere, so leiden, wenn sie sonst von der richtigen Gesinnung beseelt sind, auch sie.

Ich wende mich der positiven Bestimmung des Interesses zu d. h. der Aufzählung derjenigen Interessen, denen S. 96.
meinem Dafürhalten nach, so wie unser Leben und unsere Cultur sich nun einmal entwickelt hat, ein Anspruch auf Rechtsschutz nicht versagt werden darf. Die Interessen des Vermögens scheiden selbstverständlich aus, da sie nicht in Frage stehen, und ebenso wenig glaube ich des Familienrechts hier gedenken zu sollen.

Die erste Frage, die ich zu beantworten hätte, würde darin bestehen: was heißt Interesse? Ohne mich in eine eingehendere Erörterung dieses Begriffes einzulassen, die ich einer andern Stelle vorbehalte [10]), theile ich lediglich das Resultat meiner ihm gewidmeten bisherigen Untersuchungen mit.

Interesse im subjectiven Sinn bezeichnet das Gefühl der Lebensbedingtheit. Der Grund, warum ich mich für eine Person, einen Gegenstand, ein Verhältniß interessire, besteht darin, daß ich mich selbst in meinem Dasein oder Wohlsein, in meiner Zufriedenheit oder in meinem Glück von denselben abhängig fühle. Interessen sind also Lebensbedingungen im weiteren Sinne. Der Sinn, in dem der Begriff der Lebensbedingung hier genommen wird, ist ein durchaus relativer; was für den Einen zum vollen Leben d. h. zum Wohlsein gehört, ist für den Andern völlig werthlos. Das gilt wie für die Individuen, so auch für die Völker, und selbst bei einem und demselben Volk für die verschiedenen Cultur-

10) Im zweiten Band meines Werks über den „Zweck im Recht".

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. stufen desselben. Mit den Interessen des Volks ändert sich auch das Recht, dessen Aufgabe ja eben darin besteht, die unentbehrlichen Lebensbedingungen der Gesellschaft in Form des Zwanges zu sichern [11]). Der Interessenmaßstab des Rechts ist demnach ein wechselnder, und es würde ein völliges Ver-
S. 97. kennen der Bedeutung des Gegenstandes kund thun, wenn Jemand die Frage von den rechtlich zu schützenden Interessen abstract behandeln wollte, gleich als ob sie für alle Völker und Zeiten dieselbe Lösung zuließe. Ein altrömischer Jurist würde Papinian mit seinem Satz: „affectus rationem habendam esse" verlacht haben, denn für die Interessen, welche letzterer dabei im Auge hatte, hatte jener noch gar kein Verständniß, sowenig wie es einem altrömischen Bauern eingeleuchtet haben würde, daß man eine Prädialservitut nicht bloß des Nutzens, sondern auch des Vergnügens wegen (S. 154) bestellen dürfe.

Papinian dagegen würde unsere Zeit mit ihren Interessen verstanden haben, denn es sind im Wesentlichen keine anderen, als die seiner eigenen Zeit d. h. die eines entwickelten Culturvolkes, und wenn unsere Zeit die seinige in Bezug auf die äußern Einrichtungen, welche der Cultur dienen: Buchhandel, Presse, Eisenbahnen, Telegraphen u. s. w. auch noch so sehr überflügelt hat, an dem Maßstab, um den Interessen, die sich an sie knüpfen, gerecht zu werden, würde es auch ihm nicht gefehlt haben, und nur das würde vielleicht sein Staunen erregt haben, daß eine Jurisprudenz, die sich rühmt, bei ihm und bei der römischen in die Schule gegangen zu sein, in Bezug auf die rechtlich zu schützenden Interessen einen Maßstab zur Anwendung zu bringen versucht hat, welcher die Lebensauffassung eines rohen Volkes wiederspiegelt, einen Maßstab, welcher dem altrömischen Volk genügt haben mochte, in

11) Die Definition des Rechts, die ich in meinem „Zweck im Recht" Bd. 1 S. 434 fl. (Leipzig 1877) des Weiteren begründet habe.

Rom selber aber zur Zeit der klassischen Juristen bereits durch XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
einen höheren, der Cultur ihrer Zeit entsprechenderen ersetzt worden war.

So läßt sich der Interessenrahmen des römischen Rechts, den ich oben (§ 12) gezeichnet habe, auch ohne Schwierigkeit heutzutrage beibehalten. Meine Aufgabe besteht bloß darin, ihn durch entsprechende Beispiele unseres heutigen Lebens aus- S. 98.
zufüllen. Mehr als Beispiele beabsichtige ich nicht zu geben, nicht also eine vollständige oder auch nur annähernd vollständige Casuistik. Aber auch die bloßen Beispiele werden genügen, um die Interessen, die durch sie exemplificirt werden, zu veranschaulichen und ein Schema zu entwerfen, dem Jeder leicht die hier übergangenen Fälle einfügen kann.

Vorher möge man mir verstatten, einige Bemerkungen über das Verhältniß des Kaufcontracts zu der obigen Frage vorauszuschicken.

Für den Kaufcontract kennt das römische Recht meines Wissens nur den Interessenmaßstab des Geldes — in meinen Augen eine Unvollkommenheit und ein Ueberbleibsel aus der frühern Zeit, von der wir meines Erachtens alle Ursache haben uns frei zu machen. Denn daß mit der Zuerkennung des Geldwerthes dem Interesse des Käufers keineswegs stets volles Genüge geschieht, scheint mir unzweifelhaft. An die Erfüllung des Kaufcontracts können sich für den Käufer noch ganz andere Interessen knüpfen, als die des bloßen Geldes. Bei den Lieferungsverträgen „über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Nothstandes" (Reichsstrafgesetzbuch § 329), welche ja privatrechtlich nichts als gewöhnliche Kaufverträge sind, hängt an der prompten Erfüllung das Wohl und Wehe von Tausenden, vielleicht der Erfolg eines ganzen Feldzuges und damit die Sicherheit des Staates, und unser Strafgesetzbuch hat mit vollem Recht die Nichterfüllung dieser Verträge mit Strafe (vielleicht einer noch

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. zu gelinden) bedroht. Meines Erachtens müßte auch dem Civilrichter die Befugniß eingeräumt werden, bei einer frivolen Nichterfüllung eines Kaufcontracts (z. B. bei doppeltem Verkauf) auf Antrag der Partei dem verletzten Rechtsgefühl derselben durch Zusprechung einer Satisfactionssumme gerecht
S. 99. zu werden. Was nützt dem Käufer die Gewährung des Geldwerthes der Sache, wenn derselbe um nichts höher oder wenn er gar niedriger ist, als der vereinbarte Kaufpreis? Ein solcher Kaufcontract ist praktisch so gut wie schutzlos; für einen gewissenlosen Geschäftsmann gibt es keinen Rechtsnachtheil, der ihn abhalten könnte, eine Sache, die er dem Einen verkauft hat, einem Zweiten zu verkaufen, der ihm mehr bietet. Die Strafe des Doppelten, welche die Römer so verständig waren in manchen Verhältnissen als Abschreckung aufzustellen, würde auch hier gewiß völlig am Platz sein. Würde unser Gesetzbuch sie festsetzen, so würde der Richter mancher Bedenken und Zweifel überhoben, und unserm Recht würde der Vorwurf erspart sein, daß es machtlos dem schnöden wissentlichen Unrecht zuschaut.

Der Hauptvertrag, an den sich fast alle zweifelhaften Interessenfragen unseres heutigen Lebens anknüpfen, ist der Miethvertrag, und zwar in seinen drei Gestaltungen als locatio rei, operarum, operis. Wir heben aus dem reichen Anwendungsgebiet folgende Hauptfälle hervor.

1. Miethe von Wohnungen.

Fassen wir zunächst die Ansprüche in's Auge, welche die Nichterfüllung des Miethcontracts Seitens des Vermiethers für den *Miether* hervorbringen kann, so dürften als die normalen Anlässe zu denselben hervorzuheben sein:

Verspätete Einräumung der Wohnung, Unterlassung der gesetzlich oder vertragsmäßig dem Vermiether obliegenden Instandsetzung der Wohnung (S. 153).

Vorenthaltung eines Theils derselben, z. B. des zur Wohnung gehörigen Gartens. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Störung des Gebrauchs der Wohnung durch unbefugte Dispositionen oder Maßregeln des Vermiethers.

Auflösung des auf bestimmte Zeit eingegangenen Miethcontracts durch früheren Verkauf des Hauses. S. 100.

Den Miether in diesen Fällen, soweit die Klage auf reale Erfüllung nicht ausreicht, auf Nachweis seines Geldinteresses verweisen, heißt, ihn gänzlich schutzlos lassen und der Willkür des Vermiethers preisgeben. Als drastisches Beispiel, wohin man mit dem Princip des Geldinteresses gelangt, pflege ich in meinen Vorlesungen folgenden Fall anzuführen. Es hat sich Jemand für eine Festlichkeit, die voraussichtlichermaßen eine große Menge von Fremden in eine Stadt führen wird, bei Zeiten in einem dortigen Gasthof für sich und die Seinigen Zimmer gesichert. Der Gastwirth findet inzwischen Gelegenheit, bei der großen Nachfrage nach Wohnungen die Zimmer für einen mehrfach höheren Preis zu vermiethen, und der Besteller wird, als er in später Abendstunde mit dem Hotelomnibus eintrifft, abgewiesen und muß mit Frau und Kindern in der Stadt umherirren, um ein Logis aufzutreiben, und ist, nachdem er stundenlang umhergeirrt ist, schließlich genöthigt, in einem Wirthshaus niedersten Ranges sein Unterkommen zu suchen. Worauf erkennt hier ein Richter, der das Interesse lediglich nach dem Geldwerth bemißt? Wenn der Abgewiesene so glücklich war, einen Wagen zu seinen Irrfahrten zu finden, auf Ersatz der dafür verausgabten Summe; wenn er in der Nachtstunde keines Wagens mehr habhaft werden konnte, auf g a r n i c h t s, denn er hatte am folgenden Morgen noch ganz dasselbe Geld in der Tasche, wie beim Beginn seiner Wanderung, er hat an seinem V e r m ö g e n nicht die geringste Einbuße erlitten! Und ein solches Resultat, das allem gesunden Rechtsgefühl Hohn spricht, wagt Jemand zu vertheidigen und uns wohl gar als subtilen Gedanken des Rechts zu preisen?

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Dann will ich lieber vor einem türkischen Pascha mein Recht suchen als vor einer hochgebildeten Rechtswissenschaft, die mich
S. 101. in dieser Weise im Stich läßt, und ich bin der Erste, der die ganze Juriprudenz über Bord wirft, wenn solche Thorheit Weisheit sein soll.

Als nicht seltene Vereinbarungen im Interesse des **Vermiethers**, die ebenfalls keinen Geldwerth haben, nenne ich: daß der Miether überhaupt nicht oder nach einer bestimmten Stunde nicht mehr musiciren, keinen Ball in der Wohnung veranstalten, keine Hunde halten, keinen Aftermiether aufnehmen dürfe. Ich verweise auf das oben (S. 128) Gesagte.

2. Gesindevertrag.

Die Köchin verläßt vor der Zeit den Dienst, das Kindermädchen tritt gar nicht ein. Die Herrschaft wird dadurch in die größte Verlegenheit versetzt, die Frau kann Köchin, der Mann Kindermädchen spielen. Welche Hülfe gibt ihnen dagegen die Geldtheorie des gemeinen Rechts? Gar keine! Unannehmlichkeiten haben ihr zufolge keinen Geldwerth. Glücklicherweise haben wir noch an den meisten Orten Gesindeordnungen, welche der Rechts- und Schutzlosigkeit, zu der jene Theorie uns verdammt, abhelfen, aber eben das ist es ja, was ich behaupte, daß das Recht uns Hülfe gewähren muß, und daß eine Rechtstheorie, welche uns dieselbe versagt, in ihrem Grunde verderbt und faul ist. Daß sie sich auf das römische Recht nicht berufen darf, habe ich oben (S. 155) nachgewiesen, die dort citirte l. 8 § 2. Rat. rem (46. 8.) gewährt ausdrücklich einen Anspruch wegen erduldeter Unannehmlichkeiten.

In dem Gesindevertrage werden nicht selten Bestimmungen getroffen über die zu verabreichende Kost, das Maß oder die Art der aufzuerlegenden Dienstleistungen, die dem Dienstboten zu gewährende freie Zeit, z. B. den Sonntagnachmittag, Erlaubniß zum Besuch der Eltern, der Confirmationsstunde

u. s. w. Diese Stipulationen sind für die Dienstleute oder die Eltern oder Vormünder, welche den Dienstvertrag abschließen, so wesentlich, daß sie denselben ohne sie in vielen Fällen gar nicht eingegangen sein würden. Angenommen nun, die Herrschaft hält diese Vereinbarungen nicht inne, soll das Recht dagegen keinen Schutz gewähren? Ich meine nicht den Erfüllungszwang — er kommt nicht selten zu spät — sondern die Geldentschädigung für die Vergangenheit. Wer sieht nicht ein, daß ohne sie die getroffene Vereinbarung ein leeres Wort ist? XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 102.

3. Verträge, welche die Verpflegung, Verabreichung von Wohnung und Kost, ärztliche Behandlung, Erziehung, Unterricht u. s. w. zum Gegenstand haben.

Zu ihrer Zahl gehören die Hingabe eines Wahnsinnigen in eine Irrenanstalt, eines Schülers in eine Erziehungsanstalt, die Verträge über die Abnahme der Einquartirung, mit dem Arzt über Leistung der ärztlichen Hülfe zu einem bestimmten Honorarsatz, insbesondere der Communen über Besorgung der Armenpraxis, der Eisenbahnen in Bezug auf die ärztliche Behandlung der Angestellten, und der Pensionsvertrag, (Gewährung von Logis und Kost für ein gewisses Aversionalquantum).

4. Verträge, welche Interessen der Kunst und Wissenschaft zum Gegenstand haben.

Als Beispiele mögen folgende dienen.

Der Verlagscontract. Möge der Schriftsteller sich ein Honorar bedungen haben oder nicht, für ihn handelt es sich bei dem Vertrag nicht bloß um Geld, sondern auch, nicht selten sogar lediglich um die Veröffentlichung seines Werks, sei es im Interesse seines persönlichen Ehrgeizes, sei es in dem der Wissenschaft. Den Verlagscontract lediglich unter

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. dem Gesichtspunkt des Geldinteresses erfassen heißt die ideale
S. 103. Bedeutung der Literatur völlig verkennen, sie selber zu einem Gewerbe, den Schriftsteller zum bloßen Lohndiener herabwürdigen, in dessen Person das Recht kein anderes Interesse anerkennt und schützt als den Gelderwerb.

Was von dem Verlagscontract als solchen gilt, muß natürlich auch von den einzelnen Stipulation desselben gelten z. B. über die Ausstattung des Werks, die beizufügenden Kupfertafeln, die Zeit des Erscheinens u. s. w.

Vertrag des Malers über die Ausstellung seines Gemäldes in dem Laden eines Kunsthändlers oder auf einer Gemäldeausstellung.

Vertrag des dramatischen Schriftstellers oder des Musikers über die Aufführung seines Dramas oder seiner Oper.

Vertrag des dramatischen Künstlers über den ausschließlichen Anspruch auf gewisse Rollen.

Alle diese Verträge haben wahrhafte Lebensinteressen der betreffenden Personen zum Zweck, aber keine der letzteren würde im Stande sein, im Fall der Nichtinnehaltung des Vertrages ein bestimmtes Geldinteresse zu liquidiren, und der Erfüllungszwang wird auch hier nicht selten seinen Dienst versagen. Auch bei ihnen also werden wir uns wieder zum Eingeständniß genöthigt sehen, daß das Recht mit dem Princip des Geldinteresses den Anforderungen unseres heutigen Lebens, wie es sich nun einmal gestaltet hat, in keiner Weise gerecht werden würde.

Ich habe mich bei der obigen Aufzählung auf solche Beispiele beschränkt, bei denen der Gesichtspunkt des Geldinteresses schlechterdings ausgeschlossen ist, alle derartigen Fälle aber, bei denen der Vertragsbruch das ökonomische Interesse afficirt, übergangen. Der Contractsbruch einer zu Gastrollen engagirten Sängerin oder eines für eine Erziehungsanstalt engagirten
S. 104. Lehrers der französischen Sprache schädigt das auf Gelderwerb gerichtete Theater- oder Erziehungsinstitut, und wenn

sich auch der Betrag der ökonomischen Schädigung nicht genau in Geld ansetzen läßt, so ist doch jedenfalls das Interesse, um das es sich handelt, in erster Linie ein Geldinteresse. Die Verirrung, die hier dem Richter drohen könnte, ist nicht die Handhabung des Geldmaßstabes an sich, sondern lediglich die verkehrte Handhabung desselben, wie es sich in dem freilich in unserer deutschen Praxis leider nur zu häufigen Verlangen eines stricten Beweises des Betrages desselben kund gibt. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Auch die Aussetzung von Preisen für eine künstlerische oder wissenschaftliche Leistung z. B. ein Preisdrama, Preisquartett läßt sich hier nennen. Die von dem Auslobenden ernannten Preisrichter sind, wenn sie den Auftrag einmal angenommen haben, verpflichtet, die ausgesetzte Prämie in der von ihm vorgezeichneten Weise zuerkennen. Ihr Urtheil über den Werth des eingereichten Preisstückes bleibt ihnen natürlich völlig frei und unbeschränkt, aber in Bezug auf die Kategorie sind sie rechtlich gebunden an die ihnen gewordene Anweisung, sie dürfen also z. B. den Preis, der einem Schauspiel zugesichert ist, nicht einem Lustspiel zuerkennen. Zur Abgabe ihres Urtheils sind sie rechtlich ebenso verpflichtet, wie der römische arbiter es war.

5. Verträge mit gemeinnützigem Zweck.

Als Beispiel nenne ich die Zeichnung oder Einsendung von Beiträgen für hülfsbedürftige Personen, Errichtung eines Monuments, Begründung von Stiftungen u. s. w. Das Verhältniß zwischen denjenigen Personen, welche sich an die Spitze derartiger Unternehmungen stellen (Comités), und den Zeichnern ist das Mandatsverhältniß, und daß letzteren bei unterbleibender Verwendung der Beiträge nicht bloß eine Klage auf S. 105.
Rückgabe (condictio ob causam datorum), sondern auch die Mandatsklage auf Ausführung (S. 108) des Auftrages zusteht,

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. ist nach den oben (S. 149) angeführten Stellen über das mandatum aliena gratia nicht zu bezweifeln.

Andere Beispiele gewähren die Beiträge von Festcomités über Herstellung der Räumlichkeiten zum Empfang der Gäste bei öffentlichen Festen (Turner-, Sänger- u. s. w. Hallen), Verpflegung durchreisender Soldaten auf der Eisenbahnstation, Verträge der Unterstützungsvereine über die Verabreichung von Speisen an Arme, der Verschönerungsvereine über Herstellung öffentlicher Anlagen. Die normale Verwirklichungsform dieser auf Verfolgung oder Beförderung gemeinnütziger Zwecke gerichteten Bestrebungen in unserm heutigen Leben ist die durch Vereine oder Comités. Das juristisch Interessante bei den Verträgen, die sie abschließen, besteht darin, daß sie dieselben, wenn auch im eigenen Namen (S. 111), so doch nicht im eigenen pecuniären Interesse abschließen.

Zur Zahl dieser Verträge gehört auch der im vorliegenden Fall in Frage stehende des Baues einer Eisenbahn im öffentlichen Interesse. Damit haben wir den Uebergang zum Folgenden.

IV. Das Erforderniß des Interesses für den Gläubiger.

1. Stand der Frage.

§ 16.

Ich glaube, im Bisherigen das Dogma von dem angeblichen Erforderniß des Vermögenswerthes der obligatorischen Leistung zur Genüge widerlegt zu haben. Damit ist das eine
S. 106. Hinderniß aus dem Wege geräumt, welches gegnerischer Seits dem Anspruch der Klägerin entgegengesetzt worden ist, und ich hoffe dargethan zu haben, daß, wenn sonst nur der Anspruch der Klägerin sich begründen läßt, der Einwand, daß er nicht vermögensrechtlicher Art ist, auf sich beruhen bleiben kann.

Jener Einwand wäre schwerlich erhoben worden, wenn er nicht dazu hätte dienen sollen, einen andern, nämlich den, daß die Klägerin an der Ausführung des Vertrages *überhaupt* kein Interesse habe, da sie mit Abschluß desselben nicht die eigenen, sondern fremde Interessen verfolgt habe, zu stützen. Hätte statt des interkantonalen Vorbereitungscomités für die Gäubahn die Regierung von Solothurn den Contract mit der Centralbahn abgeschlossen, so würde, wie der zweite, so auch der erste Einwand schwerlich laut geworden sein. Denn daß die Anlage einer Eisenbahn für Gegenden, welche sie berührt, von hohem *ökonomischen* Werth ist, daß also ein auf Erbauung derselben gerichteter Vertrag, wenn er sonst nur von der richtigen Person d. h. von der zur Vertretung der öffentlichen Interessen berufenen Regierung abgeschlossen worden wäre, auch von Seiten seines *vermögensrechtlichen* Interesses nicht hätte bemängelt werden können, ja daß es bei Verträgen der Staatsregierung eines vermögensrechtlichen Interesses überhaupt nicht bedarf, sondern daß die öffentlichen Interessen, welcher Art sie auch sein mögen, allein schon genügen, um den Verträgen der Staatsregierung rechtlich Geltung zu verschaffen — das ist auch von der Beklagten nicht bestritten worden. Der Einwand, den sie gegen die verbindende Kraft des von ihr mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrages erhebt, ist nicht dem Inhalt oder Zweck, sondern der *Person* entnommen. „Zur Wahrung öffentlicher Interessen, sagt sie, sind die öffentlichen Organe berufen, nicht die Privatpersonen." Nicht also das gilt ihr als das eigentlich Entscheidende, daß die Interessen, welche das Comité verfolgt, nicht vermögensrechtlicher Art, sondern daß sie nicht die eigenen des Comités, vielmehr fremde und speciell: öffentliche sind.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. — S. 107.

Die Prüfung des von der Beklagten in dieser Richtung erhobenen Einwandes erfordert die Beantwortung zweier theoretischer Fragen:

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. 1) Kann man durch einen Vertrag fremde Interessen verfolgen (§ 17)?

2) Ist, wenn dies zu bejahen, etwa in Bezug auf öffentliche Interessen eine Ausnahme zu machen (§ 18)?

Nach Beantwortung dieser Fragen werden wir davon

3) die Anwendung auf den vorliegenden Fall machen (§ 19).

1. Kann man durch einen Vertrag fremde Interessen verfolgen?

§ 17.

In Bezug auf diese Frage haben wir zwei Formen des Abschlusses des Vertrages im Interesse dritter Personen, die in den gegnerischen Darstellungen zum großen Nachtheil für die Klarheit völlig mit einander vermischt worden sind, genau von einander zu unterscheiden:

1) Stellung des im fremden Interesse abgeschlossenen Vertrages auf *fremden* Namen,

2) Stellung desselben auf *eigenen* Namen.

Auf die erste Form, und nur auf sie beziehen sich die in den gegnerischen Rechtsdeductionen in Bezug genommenen Aussprüche des römischen Rechts, denen zufolge aus einem solchen Vertrage weder der Vertragschließende selber, noch der Dritte eine Klage erwirbt. Inwiefern dieser für das altrömische Recht ausnahmslos geltende Grundsatz von dem neueren verlassen worden ist, kann hier außer Betracht bleiben,
S. 108. da der vorliegende Fall zur Anwendung desselben überhaupt keinen Anlaß darbietet, indem das interkantonale Comité, wie oben (S. 116) gezeigt wurde, den Vertrag mit der Beklagten im *eigenen* Namen abgeschlossen hat.

Die Behauptung, daß Jemand nach römischen Recht selbst nicht in *dieser* Weise einen Vertrag in fremdem Interesse habe abschließen können, steht mit den bekanntesten Thatsachen in Widerspruch. Jeder Adstipulator, jeder Prokurator in

Rom schloß den Vertrag im Interesse seines Mandanten ab; XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
das ganze Institut der Prokuratur bei den Römern wäre unmöglich gewesen, wenn dieser Umstand ein Hinderniß der Gültigkeit des Vertrages abgegeben hätte, jeder Beklagte hätte dann dem Prokurator den Einwand entgegensetzen können, daß er nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse gehandelt habe. In Wirklichkeit aber genügte der bloße Abschluß des Vertrages in Person des Prokurators, um ihm die Klage zu verschaffen; zu welchem Zweck er ihn abgeschlossen, ob für sich oder seinen Mandanten, ob auftragsgemäß oder nicht, und welche Verwendung er von dem Klagobject zu machen habe, alles das berührte nur das Verhältniß des Prokurators zu seinem Mandanten, um welches der Beklagte sich gar nicht zu kümmern hatte. Daran ändert auch der Umstand nicht das Mindeste, daß dies Verhältniß dem andern Theil bei Abschluß des Vertrages sehr wohl bekannt gewesen, vielleicht vom Prokurator selber angezeigt worden war — entscheidend war lediglich die Form des Abschlusses in eigener Person. Ich glaube in dieser Beziehung auf die obige Entwicklung (§ 6. 7) über die externe und interne Rechtsstellung eines Comités Bezug nehmen zu dürfen.

Unser heutiges Recht ist bekanntlich in der Zulassung des Contrahirens für dritte Personen noch weiter gegangen, indem es auch den Abschluß des Vertrages auf Namen des Mandanten verstattet, d. h. die direkte Stellvertretung zugelassen hat. Aber dadurch ist, wie schon früher bemerkt, die mittel- S. 109.
bare Stellvertretung weder beseitigt noch überflüssig geworden. Mit der fortdauernd anerkannten Gültigkeit dieser Form aber ist die Behauptung, daß man nur im eigenen Interesse Verträge abschließen könne, schlechterdings unverträglich.

Doch abstrahiren wir einmal von dem Verhältniß der Stellvertretung, prüfen wir, wohin wir mit dem Satz gelangen: Jeder kann nur in seinem eigenen Interesse Verträge abschließen.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Interesse des Vertrages heißt Zweckbestimmung desselben in Bezug auf die Person. Ist die Zweckbestimmung auf den Contrahenten selber gerichtet, so hat er im eigenen, ist sie auf eine andere Person gerichtet, so hat er im fremden Interesse contrahirt.

Es kauft Jemand eine Violine für seinen Neffen; kann er sie fordern? Nach der gegnerischen Meinung nicht, denn er hat sie nicht für sich gekauft. Der Vermiether, der nicht nöthig hätte, die Wohnung in Stand zu setzen, aber aus besonderm Wohlwollen gegen den Miether sich dazu entschließt, geht mit den Handwerkern darauf gerichtete Verträge ein; sind dieselben bindend? Nein! denn nicht ihm, sondern dem Miether soll der Erfolg derselben zu Gute kommen. Darnach würden insbesondere alle Verträge mit liberaler Zweckbestimmung für eine dritte Person ungültig, und es würde kein Vertrag mehr sicher sein. Jeder, der auf Ausführung desselben bestände, müßte gewärtigen, daß ihm der Nachweis des eigenen Interesses auferlegt würde; ein Mann mit guten Augen müßte sich darüber ausweisen, warum er sich eine Brille, ein Mann mit reichem Haarwuchs, warum er sich eine Perücke gekauft habe, oder richtiger, da er in eigener Person kein Interesse an der Ausführung des Vertrages hätte, so würde er mit seiner Klage abgewiesen werden müssen.
S. 110. Dann wäre der nackteste Egoismus das einzige Motiv, welches vor dem Rechte Gnade fände, jedes Handeln für Andere wäre vom Recht verpönt, und selbst der Egoismus müßte, um zu seinem Rechte zu gelangen, sich erst darüber ausweisen, daß er sich nicht etwa selber untreu geworden und ausnahmsweise in fremdem Interesse thätig geworden sei.

In Wirklichkeit ist aber ein solches Hineinziehen der Zweckbestimmung des Vertrages in den Kreis der richterlichen Untersuchung dem Recht völlig fremd, und nach dem römischen Recht insbesondere wird Niemand, wenn sonst nur der Vertrag darnach ist, nach dem Interesse gefragt —

der bloße Abschluß des Vertrages gilt als Beweis des Interesses. XVIII Jahrg. Bd. XVIII.

Ich sagte: wenn nur der Vertrag darnach ist. Mit dieser Bemerkung ziele ich auf diejenigen Verträge, deren ich oben (S. 165 und S. 178) gedacht habe, die, je nachdem der Paciscent unter der Nichterfüllung leidet oder nicht leidet, klagbar oder nicht klagbar sind, die also stets den Nachweis eines Interesses, wenn auch, wie ausgeführt, nicht eines vermögensrechtlichen erfordern. Von diesen nur hypothetisch klagbaren Verträgen sind wohl zu unterscheiden die schlechthin klagbaren. Für sie bedarf es nach römischem Recht niemals des Nachweises des Interesses zum Zweck der Begründung des Anspruchs (wohl zu unterscheiden von der Liquidation des Interesses wegen Nichterfüllung), der bloße Abschluß des Vertrags genügt schon, um dem Promissar die Klage zu verschaffen. Zur Zahl dieser Verträge gehören alle, welche eine Sachleistung zum Gegenstand haben — die Sache hat stets ein Interesse — also die Klage auf Rückgabe des Gegebenen: aus dem Darlehen, Depositum, Commodat u. s. w. — oder auf Hingeben: aus dem Kauf, Tausch. Aber auch — und das kommt für die Beurtheilung des vorliegenden Falls allein in Betracht — die locatio conductio im römischen Sinn in ihren drei Gestaltungen als locatio conductio rei, operarum, S. 111.
operis. So wenig wie derjenige, welcher eine Sache gekauft hat, erst nachzuweisen hat, daß er ein Interesse an der Erfüllung des Contractes habe, ebenso wenig derjenige, welcher eine Wohnung oder ein Dienstmädchen gemiethet oder einen Bau in Accord gegeben hat, um die Erfüllung des Contracts zu begehren. Der Umstand, daß er seinerseits sich zu einer Gegenleistung verpflichtet hat, beweist, daß er ein Interesse am Vertrage hatte — der Vertrag als solcher trägt eben damit seine geschäftliche Legitimation an der Stirn.

So in unserm Fall. So wenig eine Eisenbahngesell-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. schaft, die einem Bauunternehmer den Bau einer Bahnlinie in Accord gegeben hat, sich erst über ihr Interesse auszuweisen hat, ebensowenig die Klägerin in Bezug auf den mit der Beklagten abgeschlossenen Vertrag. Ob ein Einzelner oder eine Staatsregierung oder ein Comité gekauft, ein Darlehen gegeben, einen Contract über den Bau einer Eisenbahn abgeschlossen hat, ich wüßte nicht, welchen Unterschied es machen sollte. Sagt man, das Comité hat es nicht seinetwegen gethan, folglich ist der Contract ungültig — so hat Jeder, der, wenn auch im eigenen Namen, aber in fremdem Interesse den Vertrag abgeschlossen hat, denselben Einwand zu gewärtigen: der Spediteur von Seiten des Frachtführers, der Commissionär von Seiten des Verkäufers oder Käufers u. s. w., nie reicht dann der bloße Contract als solcher aus, sondern der Kläger muß sich immer erst darüber ausweisen, ob er ihn auch im eignen Interesse abgeschlossen hat. Damit wäre nicht bloß der unser ganzes Verkehrsleben beherrschende Grundsatz der Autonomie aufgegeben, sondern jede Sicherheit des Verkehrs zerstört, der elendesten Chikane Thür und Thor geöffnet, — denn selbst bei den im eigenen Interesse abgeschlossenen Verträgen müßte der Kläger, wenn ihm dies bestritten würde, erst noch den Nachweis führen — und das Recht
S. 112. hätte damit alle Vertretung fremder Interessen unmöglich gemacht, Jeder würde dann nur für sich selber handeln dürfen.

Ich schließe mit dem Satz: die actio locati zum Zweck der Ausführung einer locatio conductio operis bedarf zu ihrer Begründung ebensowenig des Nachweises eines Interesses, wie die actio emti auf Ausführung des Kaufcontracts; die Frage, in wessen Interesse beide Verträge abgeschlossen worden sind, steht gar nicht zur richterlichen Beurtheilung, der Richter hat sich darauf zu beschränken, dem Beklagten, wenn er den Abschluß des Vertrages einräumt, die Ausführung desselben aufzuerlegen.

2. Können die Interessen, welche man durch Abschluß eines Vertrages verfolgt, auch gemeinnütziger Art sein? XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

§ 18.

Ist es wahr, was ich soeben ausgeführt habe, daß der Kläger bei Verträgen der genannten Kategorie die Leistung in Anspruch nehmen darf, ohne auf die Frage, ob sie für ihn oder Andere bestimmt ist, Rede und Antwort stehen zu müssen, bildet also die Zweckbestimmung des Vertrages lediglich ein *Motiv* des Klägers, über das er dem Beklagten die Auskunft verweigern darf, kein Element des Anspruches, so ist nicht abzusehen, welchen Einfluß es ausüben sollte, daß die Zweckbestimmung muthmaßlich oder offensichtlich *gemeinnützlicher* oder *öffentlicher Art* ist. Die Zweckbestimmung hat grundsätzlich mit dem Contract selber nichts zu schaffen, der Kaufcontract bleibt Kaufcontract, auch wenn den Gegenstand desselben ein Kriegsschiff bildet, das der Käufer der Staatsbehörde zur Disposition zu stellen beabsichtigt. Nach der Theorie der Gegner würde der Schiffszimmermeister, der den Bau desselben übernommen hat, dem Kläger S. 113.
entgegen setzen können: ein Kriegsschiff habe für eine Privatperson kein Interesse.

Daß für die „Wahrung öffentlicher Interessen öffentliche Organe bestellt sind", — um auch diesen Einwand der Beklagten nicht mit Stillschweigen zu übergehen, — schließt eine Mitwirkung von Privaten, Corporationen, Vereinen für dieselben Zwecke so wenig aus, daß umgekehrt die Staatsbehörde alle Ursache hat, dieselbe dankbar entgegen zu nehmen. Man muß seine Augen absichtlich verschließen, um nicht wahrzunehmen, in wie ausgiebiger Weise unser heutiger Staat bei seinem Bestreben für das gemeine Wohl durch die Vereinsthätigkeit unterstützt wird, und wie manche Aufgaben ihm dieselbe, wenn auch nicht gänzlich abnimmt, so doch wesentlich

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. erleichtert. Soll der Staat, wenn sich ein Armenverein bildet, ihm etwa zurufen: die Armenpflege gehört mir oder den Gemeinden, was habt Ihr Privaten Euch um diese Zwecke zu bekümmern? Wer der Entwicklung unserer modernen Staatsverwaltung in den letzten Jahrhunderten eine flüchtige Aufmerksamkeit widmen will, wird finden, daß eine Reihe von gesellschaftlichen Aufgaben, die heutzutage der Staat in die Hand genommen hat, ursprünglich auf dem Wege der freien Association verfolgt worden sind: der Unterricht durch Schulverbände, die Unterstützung der Armen durch Armenvereine, der Bau von Straßen, Errichtung von Deichen u. s. w.

Und diesen für das Gedeihen des Gemeinwesens so außerordentlich wirksamen Bestrebungen sollte das Recht ein Veto entgegen setzen, es sollte den Privaten, die ihre Zeit, Mühe, Geldmittel gemeinnützigen Zwecken widmen, zurufen: bekümmert Euch um Eure eigenen, nicht aber um die öffentlichen Angelegenheiten?

Bisher habe ich mich vergebens nach einem Recht umgesehen, das einen derartigen Satz enthielte, und es dürfte der
S. 114. Beklagten schwer werden, ein solches zu entdecken. Jedenfalls darf sie den Satz nicht im römischen Recht suchen, von dem sie sich so viel für ihre Sache verspricht. Denn weit entfernt, daß dasselbe eine dem freien Walten des Gemeinsinns feindselige Stellung eingenommen hätte, hat es, wie oben (S. 150) an vielen Beispielen nachgewiesen worden ist, umgekehrt demselben eine Förderung und Unterstützung gewährt, die über unser heutiges Maß noch weit hinaus geht.

Und, um nun dem vorliegenden Fall näher zu kommen, kennt das römische Recht etwa einen Satz, welcher einem Vertrage, der im gemeinnützigen oder öffentlichen Interesse abgeschlossen wird, eben dieses seines Zweckes wegen die Wirksamkeit abspricht? Der Gemeinsinn äußerte sich in Rom bekanntlich nicht selten in Aufführung öffentlicher Bauten: Tempel, Circus, Theater, Denkmäler u. s. w. Angenommen nun, einer

jener römischen Großen, von denen uns die Geschichte derartige Züge großartigster, gemeinnütziger Liberalität aufbewahrt hat, hätte, wie es in Rom die Regel bildete, einem Bauunternehmer oder einer Baugesellschaft den ganzen Bau in Accord gegeben (locatio operis) und sich zur Klage genöthigt gesehen — welcher römische Prätor oder Richter würde den Beklagten mit der Einrede gehört haben, daß der Kläger den Vertrag nicht im eigenen, sondern im gemeinnützigen Interesse abgeschlossen habe? Zu Zeiten des Krieges kam es in Rom vor, daß reiche Privatpersonen oder Associationen (z. B. die Publikanengesellschaften) Kriegsschiffe ausrüsteten und dem Staate zur Verfügung stellten. Hier ging der Zweck über den Gesichtspunkt des bloß Gemeinnützigen im obigen Sinn noch hinaus und griff in die Sphäre der ausschließlich staatlichen Aufgaben hinüber. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

Und sollte es bei uns anders sein? Ich kenne keinen Rechtssatz, der das römische Recht in diesem Punkt geändert hat. Der Satz, daß es bei den schlechthin klagbaren Verträgen (S. 193) nicht auf die Zweckbestimmung, sondern lediglich auf den Abschluß des Vertrages ankommt, ist nirgends zum Nachtheil einer gemeinnützigen Zweckbestimmung außer Anwendung gesetzt worden, und das heutige Leben bietet Beispiele derartiger im gemeinnützigen Interesse abgeschlossener Verträge in Fülle. Statt aller andern diene folgendes. Ein Verschönerungsverein schließt mit einem Gärtner einen Vertrag über die Errichtung öffentlicher Anlagen ab (locatio conductio operis), mit einer Eisenwaarenhandlung über die Lieferung eiserner Bänke zum Zweck der Aufstellung in den Anlagen (emtio venditio), mit einem Banquier über die verzinsliche Entgegennahme der einlaufenden Beiträge (mutuum). Sollte es einen Richter geben, der hier, wenn der Verein sich genöthigt sähe, gegen die genannten Personen Klage zu erheben, dieselbe aus dem Grunde abweisen würde, der Verein habe die Verträge nicht im eigenen, sondern im gemein- S. 115.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. nützigen Interesse abgeschlossen, für die Wahrung des letzteren aber seien eigene Organe da?

3. Anwendung auf das gegenwärtige Streitverhältniß.

§ 19.

Ich weiß kaum, ob ich nöthig habe, die völlige Gleichheit des gegenwärtigen Falls mit dem so eben betrachteten darzuthun. In beiden Fällen handelt es sich um eine von einem Verein oder einem Comité im gemeinnützigen Interesse abgeschlossene locatio conductio operis[12]). In beiden Fällen S. 116. hat das Comité im eigenen Namen abgeschlossen. Nicht also ein Dritter soll dadurch berechtigt werden, so daß der Klägerin der Satz entgegen gesetzt werden könnte, den die Beklagte der l. 6 Cod. Si quis alteri (4. 50) entnimmt: actionem nec tibi nec illi quaesisti, dum tibi non vis, nec illi potes. Denn die Voraussetzung, an welche die Stelle diesen Satz knüpft: Si ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, trifft im vorliegenden Fall nicht zu: das Gäubahncomité hat für sich selber contrahirt. Ob es dabei sein eigenes oder ein gemeinnütziges Interesse verfolgte, ist, wie oben nachgewiesen, für die Rechtsgültigkeit dieses Vertrages ohne Einfluß.

Nur ein Punkt könnte bei dem vorliegenden Verhältniß

12) Denn wenn auch die Gegenleistungen, zu denen sich das interkantonale Comité verpflichtet hat, sich aus verschiedenen Leistungen zusammen setzen (Abtretung der erlangten Concession und Erwirkung der staatlichen Genehmigung, Art. 2. Mitbenutzung des Gäubahnhofes in Solothurn, Anschluß der Wasserfallenbahn an die Gäubahn, Art. 3. Beschaffung eines Drittels des Baukapitals, Art. 4. eventuelle Abtretung der Gäubahn Art. 11 u. a. m.), so kann doch diese eigenthümliche Gestaltung der Gegenleistung den Charakter der Hauptleistung und die ihm entsprechende Subsumtion des Vertrages unter den Gesichtspunkt der locatio conductio operis nicht alteriren. Ob ein römischer Jurist statt der actio locati vielleicht die act. praescriptis verbis gegeben haben würde, ist für unser heutiges Recht ohne Bedeutung.

Bedenken erregen. Die Eisenbahn soll nicht, wie es bei einer XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
gewöhnlichen locatio conductio operis der Fall sein würde, der Klägerin übergeben werden, sondern im Besitz und Betrieb des Beklagten verbleiben. Meines Erachtens ist diese Modalität des Vertrages für die Gültigkeit desselben ohne allen Einfluß. Es ist durchaus kein Erforderniß der locatio conductio operis, daß der Gegenstand derselben im Eigenthum des Verdingers stehe, oder daß er in sein Eigenthum gebracht werde. Der Verschönerungsverein im obigen Beispiel läßt die Anlagen auf öffentlichem Grund und Boden herstellen, aber Niemand wird darauf hin dem Vertrag, den er mit dem Gärtner über Herstellung derselben abgeschlossen hat, den Charakter einer locatio conductio absprechen. Eine Commune oder eine Eisenbahngesellschaft schließt mit einer Gasanstalt einen Vertrag ab über die Beleuchtung der Stadt oder des Bahnhofes; wird der Vertrag weniger als locatio S. 117.
conductio operis zu charakterisiren sein, weil die Gasanstalt die herzustellenden Einrichtungen selber behält? Nicht anders verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Beklagte soll die Eisenbahn erbauen und selber in Betrieb nehmen, nicht anders als die Gasanstalt die Gaserleuchtung.

Wenn ich nun das Gesammtresultat meiner bisherigen unter II (die Interessenfrage, § 9—19) gegebenen Ausführungen zusammenfasse, so geht meine rechtliche Ansicht dahin, daß, nachdem unter I (die Handlungs- und Prozeßfähigkeit der Klägerin § 3—8) der Nachweis erbracht ist:

1) daß ein Comité auf eigenen Namen Verträge abschließen und dieselben klageweise geltend machen kann,
2) daß das Gäubahncomité den Vertrag mit der Beklagten im eigenen Namen geschlossen hat und daraus selber klagbar geworden ist,

dieser Klage weder der Einwand des mangelnden eigenen Interesses, noch der des mangelnden vermögensrechtlichen Interesses entgegengestellt werden kann.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

IV. Angebliche Befreiung durch höhere Gewalt.

1. Die gegnerische Begründung.

§ 20.

Der Vertrag vom 16./18. Februar 1873 bestimmte in Artikel 17:

„diese Bahnen sollen, Einflüsse höherer Gewalt vorbehalten, binnen 5 Jahren von der Concessionsertheilung durch den Bund an gerechnet, vollendet und dem regelmäßigen Verkehr übergeben werden."

Auf den hier gemachten Vorbehalt der höheren Gewalt S. 118. glaubt Heusler in seinem Gutachten die Ansicht stützen zu können, daß die Beklagte den Bau so lange hinausschieben dürfe, bis günstigere Geldmarktverhältnisse eingetreten wären. „Es darf, sagt er, wohl behauptet werden, daß die heutige Finanzkrisis (1875), die bei Abschluß des Vertrages in keiner Weise vorhergesehen werden konnte, als höhere Gewalt erscheint, welche die Centralbahn berechtigt, etwaige Verpflichtungen auf günstigere Zeiten zu verschieben."

Diesen Gesichtspunkt hat die Beklagte durch thatsächliche Angaben näher zu begründen gesucht. Sie führt zu dem Zweck verschiedene Fälle an, welche die nachtheiligen Folgen der Finanzkrisis von 1873 auf die Creditfähigkeit der schweizerischen Eisenbahngesellschaften und die Schwierigkeiten, ihrerseits die benöthigten Anleihen zu erhalten, darthun sollen. Die Centralbahn, sagt sie, wußte nicht, wo und wie sie in den jetzigen Verhältnissen das benöthigte Geld aufnehmen sollte . . . jedenfalls war Geld nur zu eigentlichen Wucherzinsen zu erhalten. Das Charakteristische der jetzigen Krise bestehe darin, daß sie Alle und Alles heimsuche, nicht bloß den einzelnen Geschäftsmann oder Kapitalisten, sondern auch die größten und sich des besten Credits erfreuenden Actiengesellschaften, ja selbst politische Corporationen: Gemeinden wie Staaten. Nicht in den individuellen Verhältnissen

der Centralbahngesellschaften also liege der Hauptgrund der Unmöglichkeit, die zum Bau der geplanten Bahnlinie erforderlichen Geldmittel zu verschaffen, sondern in den allgemeinen Verhältnissen des Geldmarkts, des schweizerischen insbesondere. Widerspreche die Erstreckung des Begriffs der höheren Gewalt auf diese Verhältnisse auch der gangbaren Vorstellung, so rechtfertige sich dieselbe doch im vorliegenden Fall dadurch, daß die höhere Gewalt im Vertrage ausdrücklich ausgenommen worden sei. Dessen hätte es nicht bedurft, wenn dieser Ausdruck hier in dem gewöhnlichen Sinn hätte genommen werden sollen, da der befreiende Einfluß der höheren Gewalt im gewöhnlichen Sinn sich schon den Gesetzen nach von selber verstehe, also nicht erst ausdrücklich hätte vorbehalten zu werden brauchen. Da man aber nicht annehmen dürfe, daß die Parteien mit ihren Worten etwas Ueberflüssiges haben sagen wollen, so müsse man den Sinn zu Grunde legen, nach dem sie etwas aussagten, was wirklich erst der ausdrücklichen Bestimmung bedurft hätte. Dazu komme noch, daß die Worte im Zweifel zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen seien.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.

S. 119.

2. Beurtheilung.

§ 21.

Wir haben keinen Grund, die Richtigkeit des Bildes, welches die Beklagte von den verhängnißvollen Einwirkungen der letzten Finanzkrisis auf den schweizerischen Geldmarkt oder auf die Verhältnisse der schweizerischen Eisenbahnen entwirft, in Zweifel zu ziehen, und wir schenken auch den Versicherungen über die nachtheiligen Folgen, welche sie sowohl wie Heusler von einer Ausführung der Gäubahn für die Actionäre der Centralbahngesellschaft prophezeit, vollen Glauben. Es mag wahr sein, was Heusler sagt, daß der Bau der Gäubahn unter den gegenwärtigen Verhältnissen mit Opfern erkauft werden müßte, die in keinem Verhältniß zu

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. dem Vortheil stehen, den er in Aussicht stellt. Aber das sind Erwägungen, durch welche sich der Richter nicht bestimmen lassen darf, die ihn vielmehr von dem sichern Weg des Rechts, der ihm einmal unabweislich vorgezeichnet ist, auf ein Gebiet führen, auf dem er statt der Billigkeit, die er zu suchen behauptet, nur zu leicht in Gefahr geräth, der Willkür in die Arme zu laufen. Sache der Staatsgewalt ist es, zu erwägen, ob und in welcher Weise sie einer Nothlage, wie sie durch
S. 120. die Finanzkrisis des Jahres 1873 heraufbeschworen worden ist, Abhülfe gewähren will; der Richter steht derselben machtlos gegenüber, ihm bleibt nichts übrig, als die einmal geltenden Rechtssätze zur Anwendung zu bringen, ohne zu fragen, wie hart die Folgen sind.

Indem ich mich auf diesen Standpunkt stelle und die Frage, welche Folgen sich an die Ausführung des Vertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten für die weitesten Kreise knüpfen können, als eine der rein rechtlichen Beurtheilung des vorliegenden Streitfalles völlig fremde auf sich beruhen lasse, wende ich auf denselben lediglich die anerkannten Rechtsgrundsätze an.

Ist die Finanzkrisis des Jahres 1873 vom rechtlichen Standpunkt aus unter den Gesichtspunkt der höheren Gewalt zu bringen? Man vergegenwärtige sich die Consequenzen der Bejahung dieser Frage, und man wird wissen, wie man sie zu beantworten hat. Jeder auf Zahlung belangte Schuldner würde sich derselben entziehen können mit dem Einwande: ich kann kein Geld finden. Nicht bloß der Darlehnsschuldner, sondern auch der Käufer und der Miether, die den Kaufpreis und Miethzins nicht zahlen könnten, und nicht bloß sie, sondern Jeder, der eine Leistung versprochen hätte, die zu beschaffen er Geld nöthig hätte, der Bauunternehmer, der das Baumaterial, der Schuster, der das Leder, der Schneider, der das Tuch weder baar bezahlen, noch creditirt erhalten könnte, kurz sie alle könnten sich der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten

entziehen mit dem einen Wort: Finanzkrisis — wir konnten XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
kein Geld finden. Denn von der Finanzkrisis werden nicht bloß diejenigen betroffen, welche wie im vorliegenden Fall die Beklagte, Millionen nöthig haben, um ihren Verbindlichkeiten zu genügen, sondern auch diejenigen, welche nur tausend oder gar nur hundert nöthig haben. Wenn die Millionen schwer zu haben sind, sind es auch die Tausende und Hunderte. Aber zu haben sind sie dennoch — nur mit Verlust. Und S. 121.
die Beklagte selber räumt ein, daß sie die Mittel zum Bau der Bahn „zu wucherischen Zinsen" habe erhalten können. Aber ob der kleine Mann, um seinen Verbindlichkeiten zu genügen, sich genöthigt sieht, Geld zu wucherischen Zinsen aufzunehmen oder seine Habseligkeiten zu einem Spottpreis loszuschlagen, oder ob eine Aktiengesellschaft, die über Millionen gebietet, sich zu derselben widrigen Nothwendigkeit verdammt sieht, was kann es in rechtlicher Beziehung verschlagen? Die Nothlage ist eben eine allgemeine, es ist eine Calamität, aber eine Calamität ist noch keine höhere Gewalt (vis major).

Es ist im gegenwärtigen Fall zum ersten Mal in meinem Leben, daß ich den Begriff der vis major in Verbindung gebracht finde mit dem Gelde. Bisher habe ich nie gehört, daß Geld, dessen man benöthigt ist, Gegenstand einer vis major sein könne. Wie jede Sache, so kann auch das Geld von einer vis major betroffen werden, aber nur das Geld, das man hat, d. h. diese bestimmten Geldstücke, nicht aber dasjenige, welches man sucht, d. h. das Geld in abstracto. So wenig auf letzteres der Begriff des casus anwendbar ist, ebenso wenig der der vis major, der nur eine — hier nicht näher zu erörternde — Modalität des casus enthält. Würde die nicht bloß durch individuelle, sondern durch allgemeine Verhältnisse bewirkte Schwierigkeit, Geld aufzutreiben, unter den Gesichtspunkt der vis major zu bringen sein, so müßte ganz dasselbe auch für alle andern Sachen Platz greifen, und eine Mißerndte in Java oder Bra-

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. silien müßte eine vis major für Lieferungsgeschäfte in Kaffee begründen, eine Viehseuche für den Viehhandel, die Reblaus für den Weinhandel; Jeder, der einen Contract abgeschlossen hätte, würde die Erfüllung desselben mit Verweisung auf die ungünstigen Conjuncturen verweigern können.

Ein römischer Jurist hat den Einfluß, den derartige Umstände auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners ausüben, S. 122. ganz treffend mit den Worten gekennzeichnet:

> Haec recedunt ab **impedimento naturali** et respiciunt ad **facultatem** dandi, l. 137 § 4 de V. O. (45. 1).

Er wirft hier die Frage auf, ob ein Schuldner, der das Geld nicht aufzutreiben vermöge, Aufschub begehren könne — also ganz unser Fall —, und ertheilt darauf die obige Antwort, an welche er dann die praktische Folge knüpft:

> Est autem facultas **personae commodum incommodumque**, non rerum, quae promittuntur.

Er begründet diesen Satz auf demselben Wege, den auch wir oben eingeschlagen haben, nämlich durch den Nachweis, wohin das Gegentheil desselben im Verkehr führen würde, und faßt dann sein Resultat schließlich in die Worte zusammen:

> Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.

Ob die Schwierigkeit der Beschaffung der Gelder und Sachen, von der der Jurist hier spricht, eine rein individuelle oder eine allgemeine ist — eine lokale dieses **Orts** oder die ausgedehntere dieses **Landes** oder gar die des **Weltmarktes** — was kann es verschlagen, wenn einmal die bloße Schwierigkeit der Leistung grundsätzlich dem Schuldner keine Befreiung gewährt? Nur die **Unmöglichkeit** der Beschaffung der Leistung befreit ihn, wenn sie dauernder, oder entschuldigt ihn, wenn sie vorübergehender Art ist. Von ihr kann im vorliegenden Fall nicht die Rede sein, es handelt

sich lediglich um die Schwierigkeit der Beschaffung der XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
für den Bau der Bahn nöthigen Gelder, für sie aber trifft der Satz zu: causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.

Erleidet nun der Begriff der höheren Gewalt auf Verhältnisse der angegebenen Art überhaupt keine Anwendung, S. 123.
so vermag auch das Argument, welches die Beklagte dem ausdrücklichen Vorbehalt der höheren Gewalt im Vertrage glaubt entnehmen zu können, ihre ausdehnende Erklärung dieses Begriffes nicht zu rechtfertigen. Das Argument der Ueberflüssigkeit stipulirter Vertragsbestimmungen kann Worten keinen Sinn verleihen, die sie einmal nicht haben und nicht haben können; es greift nur bei der Interpretation solcher Bestimmungen Platz, die einen doppelten, nicht bei solchen, die nur einen einzigen Sinn zulassen. Wie wenig übrigens der Umstand, daß in einem Vertrage Bestimmungen, die bereits das Gesetz getroffen hat, ausdrücklich wiederholt werden, zu bedeuten hat, zeigt jedes Notariatsformular über Verkauf und Verpachtung von Ländereien. Hervorgegangen aus dem Bestreben nach möglichster Klarheit, Bestimmtheit, Sicherheit, würden diese Formulare nach der Deduction der Beklagten gerade das Gegentheil von dem bewirken, was sie beabsichtigen, nämlich die Punkte, die sie *sicher* stellen sollen, erst recht *unsicher* machen, indem sie bei jedem derselben dem Einwande Raum geben würden, daß der Verpflichtete mittelst der Wiederholung der gesetzlichen Bestimmungen das *nicht* habe sagen wollen, was *sie* festsetzen.

Wenn die Beklagte sich auf die bekannte Rechtsregel beruft, der zufolge *im Zweifel* der dem Verpflichteten günstigere Sinn bei der Auslegung des Vertrages zu Grunde zu legen sei, so ist dagegen zu bemerken, daß die Voraussetzung jener Regel („im Zweifel") hier gar nicht zutrifft, es handelt sich nicht um den Sinn eines zweifelhaften, sondern eines völlig zweifellosen Ausdrucks.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. Demnach ist die mir vorgelegte dritte Frage:

sind die in der Vertheidigung der Centralbahn für die
S. 124. Berufung auf höhere Gewalt angegebenen Gründe geeignet, diese Berufung zu rechtfertigen?

zu verneinen.

VI. Das Klagbegehren.

Ist das Klagbegehren auf Erfüllung des Contracts zur Zeit **noch** möglich, und ist es **schon** möglich?

§ 22.

Ich bin zwar nicht aufgefordert, über diese Fragen mein rechtliches Erachten zu erstatten, ich nehme jedoch von dem Umstande, daß die Beklagte sie aufgeworfen und verneint hat, Anlaß, um auch darüber einige Worte zu sagen.

Die Beklagte meint: da der Bau der Bahn bis zu dem im Vertrage festgesetzten Termin (23. Septbr. 1878) nicht mehr fertig zu stellen sei, so sei die Erfüllung des Vertrages unmöglich geworden, und es erübrige der Klägerin nur noch ein Antrag auf Leistung des Interesses, nicht auf Ausführung des Vertrages.

Wäre die Ansicht richtig, so würde ein Schuldner nur den verabredeten Termin der Leistung zu versäumen brauchen, um den Anspruch des Berechtigten auf Vornahme der Realleistung auszuschließen und denselben in eine — bekanntlich mit großen Schwierigkeiten verbundene — Interessenforderung zu verwandeln. In Wirklichkeit aber gewährt die Mora des Schuldners zwar dem Gläubiger das Recht, die Realleistung, wenn sie ihm werthlos geworden ist, abzulehnen, nie aber dem Schuldner das Recht, sie, wenn der Gläubiger sie gleichwohl begehrt, zu verweigern. Daß die Leistung im vorliegenden Fall nicht unmöglich geworden ist, darüber braucht kein Wort verloren zu werden. Sie ist es

nur in Bezug auf den festgesetzten Termin, nicht aber in Bezug auf ihre Vornahme überhaupt; dem auf Erfüllung des Vertrages gerichteten ersten Klagbegehren der Klägerin steht also ein Hinderniß nicht im Wege, dasselbe ist zur Zeit noch möglich. XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. S. 125.

Aber ist dasselbe schon möglich? Die Beklagte bestreitet dies, weil die Fertigstellung der Bahn erst zum 23. Septbr. 1878 verlangt werden könne; der Anspruch der Klägerin auf Vornahme der Realleistung sei erst mit diesem Tage fällig, vorher hätte dieselbe ihren Antrag höchstens auf Anerkennung der betreffenden Verpflichtung richten können.

Wäre der vorliegende Fall nach Grundsätzen des römischen Rechts zu beurtheilen, so würde die Beklagte sich für ihre Behauptung auf folgende Aussprüche der römischen Juristen berufen können:

l. 14 de V. O. (45. 1) (Pomponius).... non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeteriisset, quo insula aedificari possit.

l. 98 § 1 ibid. (Marcellus).... nec tamen recte agetur, si nondum praeterierit tempus, quo fulcire (insulam) potuerit redemtor.

l. 124 ibid. (Papinianus). „Insulam intra biennium illo loco aedificari spondes?" ante finem biennii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non aedificaverit et tantum residui temporis sit, quo aedificium extrui non possit.

Freilich würde ihr dann von Seiten der Klägerin eine von einem andern römischen Juristen herrührende Stelle entgegengesetzt werden können, welche das gerade Gegentheil besagt:

l. 72 § 2 ibid. (Ulpianus). Plane si „insulam fulciri" quis stipulatus sit, non est expectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec „insulam fieri", ut tantum temporis praetereat, quanto insula S. 126.

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. fabricari possit. Sed ubi jam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur diesque obligationi cedit.

und es würde bei dem, allen Versuchen der Vereinigung von den Glossatoren an bis auf unsere Zeit spottenden Widerspruch dieser Stellen nach bekannten Grundsätzen dem Richter das freie eigene Entscheidungsrecht zustehen, und ich glaube, es wird nicht schwer werden zu zeigen, wie seine Entscheidung auszufallen hätte.

Die in den drei erstgenannten Stellen ausgesprochene Ansicht enthält eine Consequenz des römischen Prozesses, die mit ihm selber nach meiner Meinung als hinweggefallen zu bezeichnen ist.

Nach römischem Recht konnte der Berechtigte auch bei den obligationes faciendi seine Klage nur auf den Geldwerth der Leistung, nicht auf reale Vornahme derselben richten. Daraus ergab sich, daß er dieselbe nicht früher erheben konnte, als der Termin, an dem die Leistung hätte beschafft werden sollen, abgelaufen war; erst jetzt war die Geldsumme, die er statt deren begehrte, verwirkt. Ein Richter, der vorher den Beklagten auf Leistung derselben verurtheilt hätte, würde ihm in der That eine verfrühte Leistung auferlegt haben. Vom Standpunkt des römischen Prozesses aus blieb also nichts übrig, als die Klage abzuweisen, aber eben daß dies nöthig war, enthält in meinen Augen die schwerste Anklage des römischen Prozesses oder spezieller des Princips der Geldcondemnation, auf das er gebaut war. Völlig wehr- und hülflos muß der Bauherr zuschauen, wie der Unternehmer, dem er den Bau in Accord gegeben hat, die ihm gesetzte Baufrist verstreichen läßt, ruhig abwarten, bis die ganze Frist abgelaufen ist, um dann etwas zu erhalten, worum es ihm gar nicht zu thun war, und was ihm in Wirklichkeit keinen Ersatz gewährt: Geld. Er kann dann von Neuem einen Contract abschließen und wiederum sich
S. 127. aufs Warten legen. Gewitzigt durch die frühere Erfahrung,

wird er ihn jetzt vorsichtiger abfassen, indem er nicht bloß für XVIII. Jahrg. Bd. XVIII.
die Beendigung, sondern auch für den Beginn und die einzelnen Stadien des Baus bestimmte Fristen festsetzt und die Innehaltung derselben durch Conventionalpön sichert. Und damit haben wir das unerläßliche Complement der Geldcondemnation des römischen Prozesses: die Conventionalpön. Die Stelle der dem Richter versagten Strafandrohung zum Zweck der Erzwingung der Leistung vertritt in Rom die Strafberedung von Seiten der Parteien. Daher der außerordentlich häufige, man möchte sagen: fast regelmäßige Gebrauch derselben bei den Römern. Der Partei, die sich über die in der obigen Entscheidung der römischen Juristen zu Tage tretende Unvollkommenheit der römischen Proceßeinrichtung beschwerte, mochten die Juristen entgegnen: Du bist selber Schuld, warum hast Du den Vertrag nicht vorsichtiger abgefaßt?

Ulpian dachte in dieser Beziehung offenbar anders, er erkannte die Forderung der Partei, daß der Richter ihr auch ohne bedungene Conventionalpön Hülfe schaffen müsse, als eine berechtigte an und ließ, indem er die Mora nicht erst auf den bedungenen Endtermin, sondern schon auf die Verzögerung des Beginns der Arbeit verlegte (ähnlich wie Proculus in l. 113 de V. O. 45. 1), die Klage zu, die freilich, insofern der Beklagte sich durch Androhung derselben nicht etwa jetzt noch zum Beginn der Arbeit bestimmen ließ, dem Kläger wiederum nur Geld verschaffte, nämlich das Interesse der verspäteten (l. 137 § 3 ibid.), statt wie in dem obigen Fall das der gänzlich unterbliebenen Leistung, ihn immerhin aber doch dadurch, daß sie die Sache früher erledigte und ihm damit freie Hand schuf, sich bei Zeiten nach einem andern Unternehmer umzusehen, ungleich vortheilhafter stellte.

Mit dem Wegfall der ausschließlichen Geldcondemnation in unserm heutigen Proceß ist auch die Consequenz, welche S. 128.
die römischen Juristen ihr entnahmen, für unser heutiges Recht

XVIII. Jahrg. Bd. XVIII. beseitigt, und die Controverse, welche in Bezug auf sie innerhalb der römischen Jurisprudenz bestand, hat für die heutige Zeit alle Bedeutung verloren. Die obigen Stellen noch als praktisch geltendes Recht zu behandeln, ist um nichts besser, als die Consequenzen der römischen Stipulationstheorie auf unsern heutigen Vertrag zur Anwendung bringen, oder den Entscheidungen der römischen Juristen, welche in dem Erforderniß der ausdrücklichen Einsetzung der Erben ihren Grund hatten, eine Geltung für das heutige Recht vindiciren. Unser heutiger Richter kann auf Vornahme der Leistung selber erkennen, und es sind ihm die Mittel zur Verfügung gestellt, dieselbe durch Androhung von Strafen zu erzwingen oder sie auf Kosten des Beklagten durch eine andere Person beschaffen zu lassen. Daraus ergibt sich, daß der Berechtigte im Fall der Verzögerung des Beginns des verdungenen Werks richterliche Hülfe anrufen kann und nicht zu warten hat, bis der für die Fertigstellung desselben gesetzte Termin abgelaufen ist. Entgegengesetzten Falls würde der dem Berechtigten durch unser heutiges Recht zugedachte Rechtsschutz zum Zweck der Erzwingung der Realleistung vollständig illusorisch gemacht.

Demnach kann ich die der Klage im vorliegenden Fall entgegengesetzte Einrede der plus petitio tempore nicht für begründet erachten.

Neunzehnter Band
(1881).

III. Skizzen.

Unter diesem Titel gedenke ich fortan verschiedene Bei- XIX. Jahrg. Bd. XIX.
träge zu bringen, bei denen ich mir die Erleichterung gönnen S. 1.
werde, daß ich, ohne der Darlegung und Begründung meiner Ansicht in Bezug auf irgend wie wesentliche Punkte im Mindesten Abbruch zu thun, Nebensächliches minder ausführlich oder genau behandeln werde. Im Laufe der Jahre hat sich bei mir ein Vorrath von eigenen Ansichten angesammelt, die ich in meinen Vorlesungen vortrage, und von denen manche mir der literarischen Veröffentlichung nicht unwerth zu sein scheinen, während ich doch, durch andere größere literarische Arbeiten in Anspruch genommen, nicht in der Lage bin, sie dem Publikum in einer Gestalt vorzulegen, wie ich es unter andern Umständen nicht unterlassen würde. In dieser Lage habe ich beschlossen, mir die Veröffentlichung dieser Ansichten durch die angegebene Erleichterung zu ermöglichen. Der Leser soll die Ansicht, welche ich mir gebildet habe, und welche bei mir subjectiv wenigstens ihre oft wiederholte Prüfung bestanden hat, stets vollständig erfahren und alle meine Gründe S. 2.

XIX. Jahrg. Bd. XIX. für dieselbe kennen lernen, aber die übliche literarische Beigabe an Literaturnachweisungen werde ich mir ersparen, indem ich den Leser in Bezug auf diesen Punkt einfach auf diejenigen Werke verweise, in denen er über die Literatur die nöthige Auskunft finden kann. Fragen, bei denen ich mich einfach der herrschenden Lehre anschließe, werde ich gar nicht weiter berühren.

Mit diesem Geleitsbrief übergebe ich die folgenden Beiträge der Oeffentlichkeit.

I. Das angebliche gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum.

Allgemein und ausnahmslos von den Glossatoren an bis auf unsere heutige Zeit wird gelehrt, daß Justinian in seiner bekannten l. 26 Cod. de usur. (4. 32) über das gesetzliche Zinsmaximum die Höhe der Zinsen beim Seedarlehn auf 12 p. c. festgesetzt habe, und ich erinnere mich nicht jemals einem Zweifel an der Richtigkeit dieser Behauptung begegnet zu sein. Ebenso einverstanden wie über die theoretische Richtigkeit des Satzes ist man über seine praktische Unanwendbarkeit, und wenn ich im Folgenden den Versuch machen werde, die Irrigkeit jener Annahme nachzuweisen, so muß ich den Werth desselben gleich im voraus durch das Geständniß abschwächen, daß das Ergebniß desselben praktisch völlig bedeutungslos ist. Gleichwohl aber scheint mir dasselbe in wissenschaftlicher Beziehung immerhin erheblich genug, um es zu veröffentlichen, indem es das römische Recht oder richtiger Justinians Gesetzgebung von einem Satze befreit, wie er wohl nicht verkehrter
S. 3. hätte erdacht werden können, und der Wissenschaft es ermöglicht, einem Satz, den sie bisher bei seinem vermeintlichen Widerspruch mit dem römischen Recht lediglich auf die positive Thatsache eines derogirenden Gewohnheitsrechts zu stützen

genöthigt war, fortan aus dem römischen Recht selber seine XIX. Jahrg. Bd. XIX.
theoretische Begründung zu geben.

1. Praktische Unmöglichkeit des angeblichen Rechtssatzes.

Der Betrag für das Seedarlehn, den Justinian angeblich festgesetzt haben soll, ist 12 p. c. für das Jahr [1]). Nicht, wie man wohl, um dem widersinnigen Resultate auszuweichen, gesagt hat: für die einzelne Seereise, was bei den klaren Worten Justinians gar keiner Widerlegung bedaf. Demnach würde der Gläubiger sich für eine Seereise von einem Monat nur 1 p. c. vom Capital haben ausbedingen können, ein Minimalsatz, der im Verhältniß zu den Gefahren, die der Gläubiger möglicher Weise übernahm, geradezu undenkbar zu nennen ist. Ging das Schiff auf der Fahrt unter, so verlor er 100, kam es an, so erhielt er 101, und dies selbst dann, wenn die Chance stand, wie 1 zu 4, wo er also außer dem üblichen Monatszins für die Benutzung des Capitals eine Assekuranzprämie von 25 % hätte erhalten müssen, um keinen Schaden zu erleiden, und von über 25 %, um Vortheil zu haben.

Für ein Landdarlehn konnten Geschäftsleute, die aus dem Geldverleihen ein Gewerbe machten („qui aliquam licitam negotiationem gerunt"), sich 8 p. c. bedingen, der S. 4.
Ueberschuß des Seedarlehns über das Landdarlehn hätte ihnen mithin für das ganze Jahr nur 4 p. c. eingetragen, d. h. also die eigentliche Assekuranzprämie würde für ein ganzes Jahr nur 4 p. c. betragen haben. Für eine Seereise von

1) Ein seltsames Mißverständniß findet sich in einer neueren Inauguraldissertation: Hermann Kleinschmidt, das foenus nauticum und dessen Bedeutung im römischen Recht. Heidelberg 1878. Der Verfasser verwechselt (S. 28) den Zinssatz von 12 p. c. für das Jahr (usurae centesimae) mit dem für den Monat und meint, daß der Gläubiger sich nach jenem Gesetz 6 p. c. für den halben Monat habe bedingen können.

XIX. Jahrg. Bd. XIX. einem Monat erhielt der Darleiher, wenn der Schuldner die Gefahr trug: $^2/_3$ p. c., wenn er selber sie übernahm: 1 p. c., d. h. die Assekuranzprämie betrug für eine Seefahrt, selbst für die allergefährlichste, bei einer Dauer von einem Monat nur $^1/_3$, von zwei Wochen nur $^1/_6$ p. c. des ganzen Capitals. Welche Gestaltung des Verhältnisses! Im ungünstigen Fall verliert der Gläubiger 100, im günstigen gewinnt er $^1/_6$! — Und dieser Satz soll gelten ohne alle Rücksicht auf die nach Verschiedenheit der Jahreszeit und des Courses so unendlich variirende Gefahr der Seereise. Mit einer solchen Bestimmung würde Justinian das ganze Seedarlehn vernichtet und damit dem überseeischen Handel den Todesstoß versetzt haben. Die Annahme, daß Justinian eine so widersinnige Bestimmung getroffen haben sollte, richtet sich selber; er hätte das Seedarlehn ebenso gut verbieten können.

Was hat Justinian denn mit jener Bestimmung gemeint? Darauf soll das Folgende die Antwort geben.

2. Concurrenz von See- und Landzinsen beim Seedarlehn. — Erklärung der l. 4. § 1 de foen. naut. (22. 2).

Die Lösung des Räthsels liegt in der Unterscheidung der Seezinsen und Landzinsen beim Seedarlehn, der usurae maritimae (l. 6 de foen. naut. 22. 2) und der usurae communes (l. 1 Cod. de foen. naut. 4. 33). Jene sind nur dem Namen nach Zinsen, sie theilen mit den Zinsen nur die Berechnung als Quoten von dem Capital:
S. 5. den Procentsatz und ihre Bemessung nach Dauer der Zeit, in Wirklichkeit aber bilden sie eine Combination zweier Leistungen: der Gewährung eines Aequivalents für die gewährte Benutzung des Capitals (Function der gewöhnlichen Zinsen) und der eines Aequivalents für die Uebernahme der Gefahr (Function der Assekuranzprämie), bei der aber die letztere Function entschieden überwiegt. Für sie bestanden bis Justinian zweifellos keine Beschränkungen. Paulus (Sent.

Rec. II 14 § 3) berichtet dies für seine Zeit, und wir finden XIX. Jahrg. Bd. XIX.
in unseren Quellen keine Bestimmung, welche dies geändert hätte. Neben diesen Seezinsen bestanden für das Seedarlehn auch noch Landzinsen. Daß letzteres auch zu ihnen Anlaß bot, wird kaum des Nachweises bedürfen. Die Seezinsen begannen erst mit der Fahrt und hörten auf, wenn das Schiff im Bestimmungshafen eingetroffen war [2]). Wäre die Zinsverbindlichkeit am Bestimmungsort lediglich auf sie beschränkt worden, so hätte der Anleiher durch Aufschub der Fahrt oder verspätete Entrichtung des Capitals sich den zinslosen Genuß desselben so lange verschaffen können, als er nicht etwa durch Interpellation in Mora versetzt worden war, das Geld hätte mithin während der ganzen Zeit für den Gläubiger völlig brach gelegen. Gegen diese Gefahr sicherte sich der Gläubiger dadurch, daß er sich neben den Seezinsen noch Landzinsen versprechen ließ, welche lediglich für die Zeit galten, wo das Schiff die Reise noch nicht angetreten oder sie bereits beendet hatte. Sie waren ganz gewöhnliche Zinsen („usurae communes" s. oben), d. h. ein Aequivalent für die Benutzung eines Capitals und standen mit dem eigentlichen Seedarlehn: dem Zweck der Versicherung für Schiff und Waaren nur in einer rein äußerlichen Verbindung, für sie galten daher die gewöhnlichen Zinsbeschränkungen, insbesondere der gesetzliche S. 6.
Maximalsatz, welcher bis auf Justinian 12 p.c. betrug.

Eben dieser Umstand erwies sich bei dem Seedarlehn als besonders drückend. Einem Capitalisten, welcher in Seedarlehen machte (nennen wir ihn den Assecurateur der alten Welt), mußte daran liegen, daß sein Geld möglichst ausschließlich seinem Geschäft erhalten blieb, d. h. möglichst lange zur See, möglichst kurz zu Lande arbeitete. Die 12 p.c. Landzinsen konnten ihm den Vortheil, der ihm durch längere Entziehung des Capitals aus seinem eigentlichen Geschäfts-

2) l. 4 pr. de foen. naut. (22, 2). l 1 Cod. ib. (4, 33).

XIX. Jahrg. Bd. XIX. betrieb entging, nicht ersetzen, das Assecuranzgeschäft warf ihm ungleich mehr ab. Darum mußte es sein Augenmerk sein, das Seedarlehn möglichst auf die Dauer der Seefahrt zu beschränken, also dasselbe nicht eher zu geben, als bis der Schiffer die Reise antrat, und dafür Sorge zu tragen, daß der Schiffer dasselbe sofort nach beendeter Seefahrt wieder zurückerstattete. Ersteres war ganz in seine Hand gegeben, er brauchte dem Schiffer dasselbe nicht eher einzuhändigen, als bis derselbe die Reise antrat. Daß der Schiffer das Darlehn nicht mit zur See nahm, um davon am Bestimmungshafen Waaren anzukaufen, wie man aus dem Namen pecunia trajectitia folgern könnte, halte ich für ausgemacht. Dadurch wäre der Zweck der Versicherung vollständig vereitelt worden. Ging das Schiff unter, so hatte der Schiffer Schiff und Darlehn verloren, er war ein armer Mann. Wozu sollte er das Geld mit zur See nehmen? Die Gelder, die er zum Ankauf von Waaren im Bestimmungshafen nöthig hatte, verschaffte er sich dort, und zwar, wenn er mit Fracht gefahren, aus dem Erlös der Ladung, — wenn er mit Ballast gefahren, durch Aufnahme eines Seedarlehn. Wir dürfen annehmen, daß der Seehandel so organisirt war, daß der Schiffer, der mit Ballast ausfuhr, mit aller Sicherheit darauf rechnen konnte, am Bestimmungshafen die nöthigen
S. 7. Geldmittel zu erhalten. Als Sicherheit stellte er das Schiff und die anzuschaffenden Waaren. Der Assecurateur des Heimathshafens hatte an allen Haupthafenplätzen seine Geschäftsfreunde oder Gesellschafter, auf die er dem Schiffer, wenn er im fremden Hafen Geld zum Ankauf von Landesproducten aufnehmen wollte, eine Anweisung mitgab. Sie waren es, an welche der Schiffer, wenn er im Heimathshafen von ihm ein Darlehn aufgenommen hatte, dasselbe nach Ankunft des Schiffes möglichst bald zu entrichten hatte, und die dann dasselbe sei es ihm selber, sei es einem andern Schiffer, der vor ihm die Reise antrat, zum Ankauf von

Waaren an diesem Platz als Seedarlehn zurückgaben. So- XIX. Jahrg. Bd. XIX. weit dasselbe nicht bloß zum Ankauf von Waaren, sondern zur Versicherung des Schiffes dienen sollte, ließ der Schiffer es im Heimathshafen zurück. Ging das Schiff unter, so hatte er an diesem Betrage den bereiten Kaufpreis zur Anschaffung eines neuen Schiffes. Baares Geld zum Ankauf von Waaren hatte der Schiffer nur dann nöthig mit auf die Seereise zu nehmen, wenn er ohne Ladung den Heimathshafen verließ — entgegengesetzten Falles verschaffte er sich die Mittel aus dem Erlös derselben — und wenn er seine Einkäufe an einem Ort zu machen gedachte, an dem er ein Seedarlehn aufzutreiben keine Aussicht hatte, ein Fall, der gewiß nur eine seltene Ausnahme bildete. Zwischen Hafenplätzen, zwischen denen eine Schifffahrtsverbindung bestand, wird auch eine derartig geregelte Geschäftsverbindung existirt haben, daß sie auch dem auswärtigen Schiffer die Aufnahme eines Seedarlehns ermöglichte. Wo es daran fehlte, blieb allerdings nichts übrig, als das Seedarlehn im Heimathshafen auf die Hin- und Rückreise auszudehnen, während ich als normalen Fall glaube voraussetzen zu dürfen, daß dasselbe blos für die H i n r e i s e bestimmt war. Kam der Schiffer, der im Heimathshafen ein Seedarlehn aufgenommen und hier davon Waaren angeschafft hatte, im Bestimmungshafen an, so hatte er, wenn der Verkauf der Ladung und S. 8. der Ankauf neuer Waaren längere Zeit erforderte, in seinem eigenen Interesse nichts Dringenderes zu thun, als das erhaltene Seedarlehn möglichst rasch abzutragen. Gegen Verpfändung der Ladung suchte er sich ein Landdarlehn zu den landesüblichen Zinsen und trug damit das Seedarlehn, dessen verzögerte Rückzahlung für ihn mit den sofort namhaft zu machenden Nachtheilen verbunden war, ab. Aus dem Erlös der Ladung befriedigte er den Landgläubiger und schloß über das ihm zur Rückladung nöthige Capital einen neuen Seedarlehnsvertrag ab, bei dem das Geld vielfach erst unmittel-

XIX. Jahrg. Bd. XIX. bar vor Antritt der Reise entrichtet und zur Befriedigung der Verkäufer verwandt ward, welche sich durch Vorbehalt des Eigenthums oder Pfandrechts an den verkauften Waaren oder durch Verbürgung des Darleihers für den Schiffer bis dahin Sicherheit verschafft hatten.

Auf diese Weise war der obige Zweck, die dem Seedarlehn einmal bestimmten Capitalien ihrer Bestimmung möglichst ausschließlich zu erhalten, erreicht. Eben vor Abfahrt des Schiffes von dem einen oder anderen Hafen wurden sie eingehändigt, rasch nach Ankunft in dem einen oder andern wieder zurückerstattet.

Das Bild des Verhältnisses, wie ich es hier entworfen habe, vermag ich durch directe Zeugnisse nicht zu beglaubigen, es ist das Werk einer Construction, bei der ich aber meines Wissens nichts willkürlich hineingetragen habe, sondern wobei ich nur den Anregungen Folge gegeben habe, welche ich den Quellen selber entlehnt habe [3]).

Unsere Quellen erwähnen mehrfach eine „poena trajectitiae pecuniae". Der Zweck derselben kann nur in der Erzielung der prompten Zurückzahlung des Seedar-
S. 9. lehns bestanden haben. Warum eine Strafe für verspätete Zurückzahlung? Der Gläubiger erhält ja für die Zeit der Verspätung die bedungenen Landzinsen. Als Antwort läßt sich nur die denken: letztere genügt ihm nicht, er will sein Geld möglichst rasch zurückerhalten, um es von neuem für sein Geschäft zu verwenden. Hat der Anleiher ihm aber für die Zeit, wo er an Land ist, nichts als die bedungenen höchsten gesetzlichen Zinsen zu entrichten, so hat er kein nennenswerthes Interesse, sich nach einem andern Gläubiger umzusehen, mit dessen Gelde er ihn befriedigt. Angenommen, er kann das Geld zu 8 p.c. erhalten, so beträgt die Diffe-

3) l. 8, 9 de foen. naut. (22. 2), l. 2 § 8 de eo, quod. (13. 4), l. 3 § 8 de pecul. (15. 1), l. 23 de O et A (44. 7).

renz der Zinsen, welche er seinem neuen Gläubiger, und der- XIX. Jahrg. Bd. XIX.
jenigen, welche er seinem bisherigen zu entrichten hat, nur 4 p. c. fürs Jahr, also nur $^1/_3$ für den Monat. Kann er das Geld gar nur zu 12 p. c. erhalten, so hat er nicht das mindeste Interesse daran, ein neues Darlehn zu suchen.

Dazu aber soll er gezwungen werden, und das ist der Zweck der „poena pecuniae trajectitiae".

Worin bestand dieselbe?

Nicht in einer Conventionalpön für verspätete Berichtigung des Capitals. Die römischen Juristen wandten aus gutem Grunde die Bestimmungen über das gesetzliche Zinsmaximum auch auf die Conventionalpön beim Darlehn an[4]), weil dieselben sich sonst mittelst letzterer aufs leichteste hätten umgehen lassen. Davon machten sie auch zu Gunsten der Landzinsen beim Seedarlehn keine Ausnahme — alles, was in Bezug auf sie zur Umgehung der Zinsbeschränkungen geschieht, ist nichtig[5]).

Das Mittel, dessen sich die Darleiher eines Seedarlehns für diesen Zweck bedienten, bestand in einem Zuschlag zu den gesetzlichen Zinsen, der ebenfalls wie letztere nach der Zeitdauer des Darlehns berechnet ward und darum dem Em- S. 10.
pfänger das längere Behalten desselben sehr vertheuerte. Als Titel für diesen Zuschlag diente der Sclave, der dem Schiffer mit an Bord gegeben ward, und der Zuschlag bestand in den Spesen oder Diäten, die für ihn oder seine Dienstleistung (pro operis servi trajectitiae pecuniae causa secuti l. 4 § 1 de foen. naut. 22. 2.) in Rechnung gestellt wurden. Bei den Griechen wie bei den Römern, die von ihnen das Seedarlehn überkommen hatten, war es üblich, daß der Gläubiger einen Sclaven mit an Bord gab. Die Bestimmung desselben bestand einmal darin, den Verkauf oder Ankauf der

4) l. 13 § 26 de act. emt. (19. 1), l. 44 de usur. (22. 1).

5) l. 4 pr. de foen. naut. (22. 3) . . . majus legitima usura foenus non debebitur.

XIX. Jahrg. Bd. XIX. Waaren von Seiten des Schiffers am Bestimmungsort zu überwachen und das Kapital, wenn es lediglich für die Hinfahrt gegeben war, in Empfang zu nehmen und an den Geschäftsfreund oder Gesellschafter des Darleihers abzuliefern. Sodann darin, den Schiffer während der Fahrt zu überwachen, Ungehörigkeiten, wie sie beim Mangel jeder Controlle auf der See nur zu leicht möglich waren, z. B. Abweichungen vom vorgeschriebenen Cours zu verhindern oder zur Anzeige zu bringen. Auf der Anwesenheit eines zuverlässigen Mannes an Bord beruhte unter Umständen die einzige Sicherheit des Darleihers gegen erdichtete oder absichtlich herbeigeführte Strandungsfälle, von denen auch die Römer zu berichten wissen [6]).

Für diesen Sclaven bedang sich der Darleiher vom Schiffer besondere Spesen aus:

pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti in singulos dies in stipulationem deductum l. 4 § 1 ib.

und diese Spesen sind es, welche unsere Quellen als die „poena" beim Seedarlehn bezeichnen:

Trajectitiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non
S. 11. esset, p o e n a u t i a d s o l e t ob operas ejus, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta. l. 23 de O et A (44. 7).

Dieselben hatten demnach nicht den Zweck, ein dem entgangenen Werth der Dienstleistungen des Sclaven entsprechendes Aequivalent zu gewähren, sondern den Schiffer durch die Höhe ihres Betrags zur baldigen Rückzahlung des Capitals zu nöthigen. Sie bildeten einen besonderen Posten neben den verabredeten See- und Landzinsen, einen Theil der „sumtus omnes" der l. 122 § 1 de V. O. (45. 1), der Spesen, wie wir sagen würden.

---

6) Liv. 25. 3 ementiti erant falsa naufragia, et ea ipsa, quae vera renuntiaverant, fraude ipsorum facta erant.

In dieser Form ließen sich die gesetzlichen Bestimmungen über das Zinsmaximum vollständig umgehen, der Darleiher schlug, was die Zinsen nicht vertrugen, auf die Dienstleistungen des Sclaven, für die eine derartige gesetzliche Beschränkung nicht existirte. Damit war der Ausweg entdeckt, um die Landzinsen beim Seedarlehn dem Gesetz gänzlich zu entziehen, und sie ganz auf dieselbe Höhe hinaufschrauben wie die Seezinsen, bei dieser Gestalt der Sache hätte es dem Gläubiger völlig gleichgültig sein können, wie lange der Anleiher das Capital behielt, es warf ihm zu Lande ganz so viel ab wie zur See. XIX. Jahrg. Bd. XIX.

Wie sollte sich das Recht dem gegenüber verhalten? Hielt es sich lediglich an die Form der Sache, so mußte es sagen: die für den Sclaven berechneten Spesen sind keine Zinsen, die Zinsbeschränkungen finden darauf keine Anwendung. Hielt es sich an die Sache, d. h. faßte es die Tendenz der Spesen ins Auge, so mußte es sagen: es sind verkappte Zinsen, sie bedeuten nichts als eine Conventionalpön für verspätete Entrichtung des Capitals, folglich finden auch auf sie die Grundsätze über die Zinsbeschränkungen und Conventionalpön Anwendung.

Daß die Juristen diese Tendenz derselben richtig erkannten, ist schon oben bemerkt, die dort citirte l. 23 de O et A bezeichnet sie als „poena“ für den Fall: „si pecunia ad diem soluta non esset.“ Sie schlechthin zu verbieten, war durch die Rücksicht auf das gerechtfertigte Interesse des Geschäftszweiges, der ohne sie nicht bestehen konnte, ausgeschlossen. Zwar das Mitgeben des Sclaven an Bord wäre dadurch im Mindesten nicht erschwert worden, denn für die Zeit, wo das Schiff zur See war, konnte der Gläubiger sich an Zinsen und Spesen so viel ausbedingen, wie er Lust hatte, aber die Sicherung der bedungenen rechtzeitigen Rückerstattung des Darlehns wäre dadurch des wirksamsten Mittels, dessen sich der Verkehr bediente (poena, uti adsolet, l. 23 de O et A cit.), beraubt worden, und so blieb nichts übrig, als einer- S. 12.

XIX. Jahrg. Bd. XIX. seits den Gebrauch desselben zu verstatten, aber andererseits dafür Sorge zu tragen, daß er die richtigen Grenzen nicht überschritt.

Dies ist nun in der That geschehen, und ein Zeugniß dafür besitzen wir in einer Stelle von Papinian, welche so viel jedenfalls außer allen Zweifel stellt, daß in der römischen Praxis eine gewisse Grenze für die Höhe dieser Spesen bestand, während sie uns bei der Gedrungenheit ihrer Fassung über die Frage, worin dieselbe bestand, in großer Unklarheit[7]) läßt. Es ist die l. 4 § 1 de foen. naut. (22. 2).

> Papinianus lib. 3 Responsorum. Pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimae non ultra duplum debetur. In stipulatione foenoris post diem periculi separatim interposita quod in ea legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.

Ich theile zunächst das Resultat, zu dem ich gelangt bin,
S. 13. in wenig Worten mit. An Spesen für den Sclaven nach Eintritt des Verfalltages darf der Gläubiger nicht mehr berechnen als das gesetzliche Maximum der Landzinsen: 12 p. c. des Capitals, im Ganzen für Spesen und Zinsen also nur 24 p. c., jedoch steht es ihm frei, wenn er geringere Zinsen als die gesetzlich erlaubten bedungen hat, die Spesen um so höher anzusetzen, denn 24 p. c. darf er jedenfalls von seinem Gelde machen, wovon freilich die Unterhaltungskosten der Sclaven, Abnutzungskosten des letzteren und die Capitalzinsen abgehen, so daß vielleicht nur 18—20 p. c. übrig bleiben — es wird der Satz gewesen sein, den das Seedarlehn regelmäßig abwarf.

Die Begründung dieser Erklärung der Stelle setzt zunächst

---

7) Ueber die Ansichten Anderer s. die Citate bei Schulting, Notae ad Digesta, tom. IV p. 164, Glück, Pandekten B. 21 S. 105, 197 fl.

den Nachweis voraus, daß sie von Landzinsen, nicht von See- XIX. Jahrg. Bd. XIX.
zinsen handelt — oder besser, daß sie die Zeit im Auge hat, wo die Seefahrt bereits beendet ist, und es sich um Rückgabe des Capitals handelt. Derselbe ergiebt sich aus zwei Gründen. Einmal daraus, daß es gar keinen Sinn gehabt hätte, die Spesen wegen des Sclaven für die Dauer der Seefahrt einer Beschränkung zu unterwerfen, da der Gläubiger einer derartigen Beschränkung durch um so höheren Ansatz der Seezinsen einfach hätte ausweichen können. Zweitens daraus, daß Papinian in dem dem § 1 vorausgehenden Principium der Stelle nur von den Landzinsen beim Seedarlehn handelt und für sie den Grundsatz [aufstellt: „majus legitima usura foenus non debebitur", wobei es gleichgültig sei, ob die „trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit." Daran reiht sich dann nach einem Zwischensatz über die Ungültigkeit der Pfandbestellung für höhere als die gesetzlichen Zinsen der obige Passus, der mithin in diesem Zusammenhange nur auf die Frage, die Papinian allein beschäftigte: die Anwendbarkeit der gesetzlichen Zinsbeschränkungen auf das Seedarlehn im uneigentlichen S. 14.
Sinn, d. h. auf die Landzinsen beim Seedarlehn bezogen werden kann. Eine Abschweifung auf die eigenthümlichen Grundsätze, welche auf das Seedarlehn im eigentlichen Sinn, d. h. auf die Zeit der Fahrt zur Anwendung kamen, wäre hier um so weniger am Platz gewesen, als die Aeußerung Papinians, mit der wir es hier zu thun haben, wie die Ueberschrift: Papin. lib. 3 Responsorum zeigt, durch eine Anfrage über einen speciellen Fall veranlaßt war, über welchen sein Rechtsgutachten gewünscht ward.

Ich habe es für nöthig gehalten, die Negative, daß der § 1 unserer Stelle nicht auf das Seedarlehn im eigentlichen Sinn bezogen werden darf, so scharf zu betonen, weil derselbe den Schein des Gegentheils erregt und bei dieser Sup-

XIX. Jahrg. Bd. XIX. position schlechterdings nicht verstanden werden kann. Dieser Schein beruht auf den Worten: in stipulatione foenoris post diem periculi separatim interposita, welche den Schluß zu involviren scheinen, daß die vorhergehenden Worte sich auf die Zeit „ante diem periculi“ d. h. auf die Zeit der Seefahrt beziehen. So verstanden würden dieselben den Satz enthalten, daß der Gläubiger sich für die Zeit der Seefahrt an Spesen für den Sclaven nur 1 p. c. des Capitals („ad finem centesimae“) bedingen dürfe, was, wie oben bemerkt, sinnlos wäre, da er sich unter anderm Namen als Seezinsen so viel ausmachen konnte, wie er Lust hatte.

Treten wir jetzt dem positiven Inhalt der Stelle näher, so ist so viel außer allem Zweifel: es handelt sich um das Maß, bis zu dem die Landzinsen mittelst des Zuschlags auf die Spesen für den Sclaven („pro operis servi trajectitiae pecuniae gratia secuti“) erhöht werden dürfen. Ueber ein gewisses Maß hinaus sind dieselben unstatthaft, (ad finem centesimae, non ultra duplum debetur) und die Art,
S. 15. wie Papinian sich ausdrückt, zeigt, daß dies hergebrachten Rechtens war.

Worin bestand dies Maß? Hätte Papinian sich lediglich der positiven Wendung: „ad finem centesimae debetur“ bedient, so wäre alles völlig klar: für den Sclaven können 12 Procent vom Capital fürs Jahr, also 1 Procent für den Monat bedungen werden. Daß der Zusatz: „in singulos dies“ nicht in dem Sinn mit der „centisima“ in Verbindung zu bringen ist, daß für den einzelnen Tag der Verspätung eine centesima des Capitals hätte bedungen werden dürfen, sondern in dem Sinn: die Spesen werden tagweise berechnet und zwar nach dem Maßstab von 1 Procent für den Monat, wird nicht der Begründung bedürfen. Jener Satz wäre ein so exorbitanter gewesen, daß von einer Beschränkung für den Gläubiger gar nicht die Rede hätte sein können.

Was sollen nun aber die Worte: „non ultra duplum“

bedeuten? Man hat sie verschieden verstanden [8]). Die Einen XIX. Jahrg. Bd. XIX.
erblicken darin den Satz: die Zinsen dürfen die Höhe des Capitals nicht übersteigen, und haben diesen Satz sogar auf das Seedarlehn im eigentlichen Sinn beziehen wollen, was zweifellos falsch ist, da letzteres von allen Zinsbeschränkungen befreit war, und der einzige Anhaltspunkt, den man für diesen Satz in unserer Stelle hat erblicken wollen, damit hinfällig wird, daß, wie oben nachgewiesen, Papinian von dem Seedarlehn im eigentlichen Sinn gar nicht redet. Aber auch in Anwendung auf das Seedarlehn im uneigentlichen Sinn, d. h. auf die Zeit nach beendeter Fahrt ist das Resultat, welches die Beziehung des duplum auf das Capital ergibt, ein ebenso unmögliches. Damit wäre der Satz ausgesprochen: der Betrag der für den Monat im Maximum mit 1 p. c. zu berechnenden Spesen darf die Höhe des Capitals nicht über- S. 16.
steigen, was voraussetzen würde, daß der Gläubiger das Seedarlehn über 100 Monate, d. h. 8 Jahre und 4 Monate nicht einforderte! Ein solcher Fall wird niemals vorgekommen sein, und jedenfalls hatte Papinian keinen Anlaß, bei Gelegenheit des concreten Falls, der ihm zur Beurtheilung vorgelegt war, auf eine so gänzlich außer jeder Berechnung liegende Eventualität hinzuweisen.

So kann das „ultra duplum“ nur auf die „centesimae“, an die es sich anreiht, bezogen werden. Nachdem aber Papinian für die operae einmal als Maximum 12 p. c. ausgesprochen hat (ad finem centesimae debetur) [9]), kann er

---

8) S. die verschiedenen Ansichten bei Glück a. a. O. S. 197 fl.

9) Salmasius (Glück a. a. O.) hatte das „ad finem“ von der Seereise (nach beendeter Fahrt) verstanden: und centesimae mit ultra duplum verbunden, so daß es den Satz enthalten würde: der Gläubiger dürfe sich nicht mehr als 24 p.c. für die operae servi versprechen lassen. Ganz abgesehen von der grammatikalischen Construction widerlegt sich diese Ansicht schon durch den Schlußsatz der Stelle, welcher für Zinsen und Spesen **zusammen genommen** das Maß von 24 p.c. feststellt.

XIX. Jahrg. Bd. XIX. unmöglich in einem Athemzuge es auf das Doppelte erhöhen. Bei dem Doppelten kann er mithin nur die Combination von Spesen und Zinsen im Auge haben, und diese Annahme wird dadurch bestätigt, daß der Schlußsatz zweifellos nur von ihr verstanden werden kann. Allerdings trifft den Juristen der Vorwurf, seinen Gedanken in einer Weise ausgedrückt zu haben, die an Lakonismus noch das Maß dessen, was wir sonst von ihm gewohnt sind, übersteigt. Aber vielleicht rechtfertigte sich diese Kürze durch Bezugnahme auf die an ihn gerichtete Anfrage, die möglicherweise darauf lautete: ob nicht der Gläubiger an Zinsen und Spesen über das duplum der centesimae stipuliren dürfe. Darauf lautete die Antwort: non ultra duplum debetur.

Diesen Bescheid modificirt nun Papinian im Schlußsatz S. 17. der Stelle noch dahin, daß, wenn auch für die Spesen ebenso wie für die Zinsen der Satz von 12 Procent maßgebend sei, dennoch an Spesen um so viel mehr ausbedungen werden dürfe, als an Zinsen weniger bedungen sei: „quod legitimae usurae deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.“ Das duplum der gesetzlichen Zinsen darf nicht überschritten, aber es darf erreicht werden, zwar nicht so, daß für Zinsen, wohl aber so, daß für Spesen mehr als 12 Procent stipulirt werden.

Was haben nun die Worte: in stipulatione foenoris post diem periculi separatim interposita zu bedeuten? Sie involviren den Gegensatz der stipulatio foenoris ante diem periculi. Der Gedanke, den Papinian dabei vor Augen hat, ist der: für die Dauer der Seefahrt hat der Darleiher nicht nöthig, Zinsen und Spesen zu trennen, es wäre eine leere Weitläuftigkeit, da er ja in Bezug auf den Ansatz der Assecuranzprämie, den er glaubt nöthig zu haben, völlig unbeschränkt ist, beide bilden ein einiges Ganzes: die „stipulatio foenoris“. Aber für die Zeit nach beendeter Fahrt gehen beide auseinander, für die Zinsen greifen die gesetzlichen Be-

schränkungen Platz, die „stipulatio foenoris" wird „separatim interposita" und darf nur bis auf 12 Procent gerichtet werden, zu ihr gesellt sich dann aber noch als zweite die „altera stipulatio operarum" hinzu, welche für die Zeit der Seereise überflüssig war, und auf welche die gesetzlichen Zinsbeschränkungen zwar ebenfalls zur Anwendung gelangen, aber mit der Modification, daß sie das gesetzliche Maß von 12 p. c. übersteigen darf, so weit dasselbe bei den Zinsen nicht erreicht worden ist. XIX. Jahrg. Bd. XIX.

3. Justinians Bestimmung. S. 18.

Die bisherige Darstellung hat das Recht des Seedarlehns geschildert, wie es, soweit wir wissen, bis auf Justinian bestanden hat.

Justinian soll nun nach der herrschenden Ansicht in seiner l. 26 § 1 Cod. de usur. (4. 32) jene Aenderung getroffen haben, welche wir oben bereits nach Seiten ihres praktischen Werths charakterisirt haben: die Zinsen beim Seedarlehn, d. h. die Assecuranzprämie soll fortan nur 12 Procent betragen. Es soll im Folgenden der Nachweis erbracht werden, daß Justinian dabei gar nicht die Seezinsen, sondern nur die Landzinsen im Auge gehabt hat: den „terrenus modus mutui", wie Nov. 106 Praef. sagt. Die betreffenden Worte lauten:

> In trajectitiis autem contractibus vel specierum foenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulatori nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum.

Es muß zugegeben werden, daß diese Worte ebenso wohl auf die See- als die Landzinsen beim Seedarlehn bezogen werden können, daß aber Justinian nur an letztere dabei gedacht hat, läßt sich aus den Quellen selber mit Evidenz darthun.

Der obigen Stelle folgt durch wenige (restituirte) Stellen

XIX. Jahrg. Bd. XIX. getrennt als erste des folgenden Titels: de nautico foenore (4. 33) eine Constitution von Diocletian, welche für das Seedarlehn ausdrücklich die Unanwendbarkeit aller Zinsbeschränkungen ausspricht:

> Trajectitiam pecuniam .... liberam esse ab observatione communium usurarum ..... manifestum est.

Nun mag man die Gedankenlosigkeit der Compilatoren Justinians so hoch anschlagen, wie man will, so weit kann
S. 19. dieselbe doch unmöglich gegangen sein, daß sie innerhalb des Umfanges einer einzigen Seite das gerade Gegentheil von dem sagten, was sie eben vorher eingeschärft hatten. Hätte die Bestimmung von Justinian das althergebrachte Recht des Seedarlehns total aufheben sollen, so hätten sie unmöglich die Verfügung von Diocletian aufnehmen können, welche demselben in Widerspruch damit volle und zweifellose („manifestum est") Geltung zuerkennt.

Mit dem bekannten Gesichtspunkt eines historischen Hülfsmittel zur Erklärung des geltenden Rechts läßt sich diese Aufnahme nicht beschönigen, denn das Hilfsmittel hätte in diesem Falle gepaßt wie die Faust aufs Auge. Das Verständniß des angeblichen neuern Rechts bedurfte einer solchen historischen Erklärung so wenig, daß es durch die Aufnahme jener Stelle eher gefährdet, als gefördert werden mußte. Im Sinne der Compilatoren kann daher die Stelle von Diocletian nur das geltende Recht aussprechen. Diese Annahme wird in meinen Augen dadurch über allen Zweifel erhoben, daß die Bestimmung Justinians nicht in dem Titel: de foenore *nautico* (4. 33), sondern de *usuris* (4. 32) steht. Der erste Titel spricht von *Seezinsen*, der letztere von *Landzinsen* „usurae communes", wie die l. 1 Cod. des ersten Titels sie nennt, und ich mache nur von Justinians eigener in der Const. Tanta circa § 15 gegebenen Anleitung zur Beseitigung scheinbarer Wiedersprüche in den Quellen[1]) Gebrauch, indem

10) Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi

ich die Ueberschrift des Titels, in dem Justinians Gesetz sich XIX. Jahrg. Bd. XIX.
findet, zur Erklärung desselben verwende. Indem die Compilatoren im Codex (IV, 32 u. 33) gleichwie in den Pandekten (XXII, 1: de usuris XXII, 2: de feonore nautico) S. 20.
beide Arten von Zinsen in zwei besonderen Titeln behandelten, schlossen sie sich damit nur der hergebrachten Auffassung der römischen Juristen an, der zufolge die Seezinsen nicht im gewöhnlichen Sinn, d. h. ein Aequivalent für die **Benutzung** des Capitals, sondern eine Assecuranzprämie für übernommene **Gefahr** (periculi pretium l. 5 pr. h. t.) waren. Usurae waren die Seezinsen nur dem Namen nach, sie theilten mit ihnen nichts als das einzige Moment, daß sie gleich ihnen als Quote des Capitals berechnet, in Procenten ausgedrückt wurden, im übrigen hatten sie mit ihnen gar nichts gemein, und in richtiger Erkenntniß dieser völlig heterogenen Natur beider hatte die Praxis für die Seezinsen selbst von der für Geldzinsen erforderlichen Form der Stipulation Umgang genommen. Das bloße „dare, ut salva nave sortem cum sortis usuris recipiam (l. 7 h. t.) reichte bei ihnen sowie bei dem analogen Verhältniß des s. g. foenus quasi nauticum zur Begründung der Zinsverbindlichkeit aus (l. 5 § 1 ibid.). Das Seedarlehn im technischen Sinn (für die Dauer der Seefahrt) war ein eigenes selbständiges Geschäft, bei dem, wenn auch der **Name**: usurae maritimae, so doch der **Begriff** der usurae weder in Bezug auf die **Form** (Stipulation), noch in Bezug auf die **Sache** (Zinsbeschränkung) Anwendung fand. Dagegen waren die Landzinsen beim Seedarlehn gewöhnliche Zinsen: usurae **communes**, für die alle Regeln der letzteren galten, sowohl in Bezug auf die Form als auf die gesetzlichen Beschränkungen.

---

locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

XIX. Jahrg. Bd. XIX. In den Pandekten wird die Geltung der letzteren im Titel de foenore nautico eingeschärft (l. 4, 8, 9). Daß Justinian, indem er ein ganz generelles Gesetz über die usurae communes erließ, darin auch die Bestimmung über die
S. 21. Landzinsen beim Seedarlehn aufnahm und das Gesetz in den Titel de usuris stellte, war systematisch vollkommen gerechtfertigt. Die Landzinsen beim Seedarlehn standen mit letzterem nur in äußerlicher Verbindung, juristisch hatten sie mit demselben nichts zu schaffen, und Justinian handelt daher systematisch vollkommen correct, wenn er die Bestimmung über sie dem obigen Gesetz einverleibte, und in den Titel de usuris stellte, statt daraus ein besonderes Gesetz zu machen und es in den Titel de foenore nautico zu stellen. Spricht doch auch Papinian in l. 4 pr. cit. von einer „trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta".

Es könnte vielleicht Jemand auf die Idee verfallen, für die obige Idee noch ein anderes Argument geltend zu machen, das sich auf dem Wege einer bloßen Wortinterpretation den Worten: „usque ad centesimam tantummodo licere stipulari" entnehmen ließe. Die Seezinsen bedurften, wie oben bemerkt, nicht der Stipulation, der formlose Vertrag reichte aus. Folglich, könnte man sagen, fallen dieselben gar nicht unter das Gesetz, welches nur das Stipuliren verbietet. Allein Justinian selber hat diesem kümmerlichen Argument den Weg verlegt, indem er einige Zeilen später bemerkt: „eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent". Allerdings ist dieser Zusatz nicht direct auf das Seedarlehn gemünzt, aber er würde genügen, um eine derartige ungesunde Wortinterpretation, wie nur der Jurist in der Klemme sie sich erlaubt, auch bei letzterem auszuschließen.

Auch mit dem Gegengrunde gegen meine Ansicht, den man den Worten: „licet veteribus legibus hoc erat

concessum" entnehmen könnte, sieht es nicht minder schwach XIX. Jahrg. Bd. XIX
aus. Man könnte sagen: Justinian zielt mittelst derselben auf die frühere Unbeschränktheit der Seezinsen, folglich ist sie es, welche er aufzuheben gedenkt. Der Schluß ist ein übereilter. Denn wenn es richtig ist, was wir angenommen S. 22.
haben, daß Justinians Bestimmung lediglich die Landzinsen beim Seedarlehn betrifft, so sagt jene historische Notiz nur für sie etwas aus, nämlich daß das gesetzliche Zinsmaximum bei ihnen früher ein höheres als das sonst übliche war, was nichts Unwahrscheinliches hat, da ja Justinian selber auch für seine Zeit ein solches höheres Zinsmaß für sie verstattet. Bezieht man dagegen die Bestimmung Justinians mit der gangbaren Ansicht auf die Assecuranzprämie, so würde die historische Notiz, welche Justinian in Bezug auf sie hinzufügt, doch gar zu ungeschickt ausgedrückt sein. Unmöglich konnte er für sie, für welche eine Zinsbeschränkung überall nicht bestand, sagen: es sei erlaubt gewesen, das gesetzliche Zinsmaximum von 12 p. c. zu überschreiten („licebat centesimam excedere"), während diese Wendung für die Landzinsen beim Seedarlehn allerdings paßte, er hätte vielmehr nur sich so ausdrücken dürfen: die Assecuranzprämie sei früher an gar keine Beschränkung gebunden gewesen, wie es Diocletian in der oben citirten l. 1 Cod. h. t. in der That thut: liberam esse ab observatione communium usurarum.

Hat, wenn denn auch der Zusatz auf die Landzinsen zu beziehen ist, Justinian mittelst desselben vielleicht die oben beschriebene Möglichkeit einer Steigerung der Landzinsen mittelst Zuschlages der Spesen für den Sklaven („veteribus legibus concessum") abschneiden wollen? Ganz abgesehen davon, daß die Spesen sich nicht als Zinsen bezeichnen ließen, so hätte er, wenn dies seine Meinung gewesen wäre, weder die oben besprochene l. 4 § 1 . . . . de foen. naut. von Papinian, noch alle sonstigen Stellen, welche der „poena" beim Seedarlehn gedenken, in die Pandekten aufnehmen lassen dürfen.

XIX. Jahrg. Bd. XIX. Im Sinne der Compilatoren stellt sich demnach das geltende Recht, wie es sich aus einer Vergleichung der Pandekten S. 23. und des Codex ergibt, folgender Maßen dar:

1) Für die Seezinsen (Assecuranzprämie) gibt es kein gesetzliches Maximum, l. 1 Cod. de foen. naut. (4. 33) und arg. l. 4 pr. de foen. naut. (22. 2) . . . . utrobique igitur majus foenus legitima usura non debebitur.
2) Für die Landzinsen beträgt das gesetzliche Maximum 12 Procent, l. 26 § 1 Cod. de usur. (4. 32), l. 4 § 1 cit.
3) An Spesen für den Sclaven darf außerdem noch ein Zuschlag von 12 Procent bedungen werden, beziehungsweise dürfen dieselben um so viel höher angesetzt werden, als die Landzinsen hinter dem erlaubten Zinsmaximum von 12 p. c. zurückgeblieben sind, l. 4 § 1 cit. und die oben citirten Stellen über „poena“ und die „sumtus omnes“.

An dem hier geschilderten Recht hat Justinian vorübergehend durch die Nov. 106 zu Gunsten eines lokalen Gewohnheitsrechts eine Aenderung getroffen, die er selber bald als eine übereilte erkannte und durch die Nov. 110 wieder zurücknahm; für meinen Zweck, der lediglich die Interpretation der l. 26 § 1 Cod. cit. zum Gegenstand hatte, ist die Nov. 106 ohne Interesse.

Dreiundzwanzigster Band
(1885).

IV. Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen.

I. Das Anwendungsgebiet der actio injuriarum im neueren römischen Recht.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. S. 155.

Das prätorische Edict setzte bekanntlich an die Stelle der detaillirten Bestimmungen, welche das Zwölftafelgesetz über die Real- und Verbalinjurien aufgestellt hatte, die actio injuriarum, welche dem Richter oder richtiger den Recuperatoren eine freie Ästimation der Injurie verstattete [1]), wozu dann später noch die Bestimmungen der lex Cornelia über Realinjurien und Hausfriedensbruch hinzukamen [2]). Der Begriff der Injurie ward dadurch nicht alterirt; was als solche zu gelten, blieb nach wie vor der Beurtheilung des Richters über-

---

1) Die Formel lautete: quantam pecuniam vobis bonum aequum videbitur condemnari, s. Lenel, das Edictum perpetuum S. 321. Die erste Erwähnung der Klage findet sich im Senatusconsultum de Thisbaeis (684).

2) l. 5 pr. de injur. (47. 10) .. pulsatum verberatumve domumve vi introitam.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. lassen, dem aber die Jurisprudenz durch eine reiche Casuistik an die Hand ging.

S. 156. Wer letztere einer genaueren Aufmerksamkeit würdigen will, wird sich gewiß dem Eindruck nicht entziehen, daß die Anwendungssphäre der Klage durch die neuere Jurisprudenz außerordentlich erweitert worden ist. Es finden sich unter den Fällen, in welchen sie dieselbe für zulässig erklärt, solche, bei denen ein Jurist der Republik deren Zulassung schwerlich begriffen haben würde [3]). Als Beispiel nenne ich den der l. 25 de act. emt. (19. 1), in dem Julian die Klage dem Käufer gewährt, der vom Verkäufer verhindert wird, die verkaufte und bereits tradirte, aber auf dem Grundstück des Verkäufers zurückgebliebene Lese des Weinbergs zu holen, und den der l. 24 de injur. (47. 10), in dem Ulpian sie gegen denjenigen gewährt, der dem Eigenthümer verbietet, seinen Sklaven zu verkaufen. Welche Zurückhaltung die ältere Jurisprudenz in Bezug auf die Klage beobachtete, zeigen folgende Stellen.

Zunächst die l. 44 de injur. (47. 10) von Javolenus, in der letzterer die act. injur. in einem Fall für zulässig erklärt, wo Labeo sie noch verweigert hatte.

> Si inferiorum dominus aedium superioris fumigandi causa fumum faceret aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit aut infuderit, negat Labeo injuriarum agi posse; quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa immittetur.

Sodann die l. 1 § 38 Depos. (16. 3), wo Labeo im Fall der Verlesung eines deponirten Testaments nur die act. depositi hatte geben wollen, während Ulpian auch die act. injur. für statthaft erklärt. Ferner die l. 22 § 3 quod vi (43. 24), auf die ich unten zurückkommen werde, und in der

---

3) Nach Keller, Pandekten § 376 würden die Römer schon von Altersher den Begriff der injuria im weitesten Sinne genommen haben.

Trebatius in einem Fall, der für die act. injur. wie gemacht war, in der Verlegenheit zum interd. quod vi greift, welches hier gänzlich unanwendbar war, und auch Labeo, der seine Ansicht mit Recht berichtigt, diese Klage nicht nennt. Endlich die l. 13 § 7 de injur. (47. 10), wo Ulpian von dem Fall: si quis me prohibeat in mari piscari bemerkt: sunt, qui putent, injuriarum me posse agere et ita Pomponius. Die Ansicht war also selbst zur Zeit des Pomponius noch relativ neu. XXIII Jahrg. Bd. XXIII. S. 157.

Worin hatte diese Erweiterung der act. injuriarum ihren Grund? Es ist eine Thatsache, die sich bei allen Völkern wiederholt, daß mit dem Fortschritt der Cultur und der Verfeinerung des Gefühls auch das Ehrgefühl sich steigert, reizbarer, empfindlicher wird. Ein alter Römer würde es schwerlich begriffen haben, daß in einer frivolen in jus vocatio (l. 13 § 3 ibid.), oder in der wissentlichen Geltendmachung einer nicht begründeten Forderung (l. 15 § 33 ibid.), oder in der Mahnung der Bürgen bei Geneigtheit des Schuldners zur eignen Zahlung (l. 19.) eine Injurie gegen den Schuldner liegen solle; er würde sich dabei beruhigt haben, daß jene Akte an sich keine Rechtsverletzung enthalten, und daß sein Interesse durch die gänzliche Erfolglosigkeit derselben vollständig gewahrt sei. Aber in der Kaiserzeit dachte man darüber anders. Ein Mann von empfindlichem Ehrgefühl erblickte darin etwas Verletzendes, und die Jurisprudenz erkannte seine Auffassung als berechtigt an, indem sie ihm die act. injur. zur Verfügung stellte. Unter diesem Gesichtspunkt erfaßt, enthält mithin die Erweiterung dieser Klage in der späteren Zeit ein Stück innerer Culturgeschichte des römischen Volks, den Reflex der Steigerung des nationalen römischen Ehrgefühls im Spiegel der Rechtstheorie; es ist ein Seitenstück zu der allmäligen Umgestaltung, welche die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts unter dem Einfluß der veränderten Volksanschauung mit dem Strafrechte der Carolina vornahm: S. 158.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. *die Jurisprudenz im Dienste des Geistes der Zeit*, dort das Recht erweiternd, hier dasselbe beschränkend.

Ob dies ideale oder psychologische Motiv das einzige gewesen ist, welches die römische Jurisprudenz geleitet hat? Sicher ist, daß die Erweiterung, welche sie mit der Klage vornahm, dem Recht auch in praktischer Beziehung zu gute gekommen ist, also einen *realistischen* Werth in Anspruch nehmen kann. Das ältere Recht gewährte gegen manche Eingriffe in die Rechtssphäre eines Andern, welche, wenn ich so sagen darf, zu wenig substantieller Art waren, um unter den Bereich seiner eng zugeschnittenen Klagen zu fallen, keinen Schutz, während es sich doch dabei um Interessen handelte, die, wenn auch einer rohen Zeit minder zugänglich, doch mit dem Fortschritt der Cultur mehr und mehr hervortreten und vom Recht ihre Beachtung erheischen. Der Interessenhorizont des ältesten Privatrechts fällt, wenn wir von der Injurie in ihrem ursprünglichen Sinn absehen, mit dem bloßen *Geldinteresse* zusammen. In späterer Zeit erweitert er sich, es werden auch Interessen anerkannt und geschützt, die nicht ökonomischer Art sind. Das „id quod interest" und das „quanti ea res est" erlangt bei der Obligation und bei einer Menge anderer Verhältnisse einen erweiterten Sinn, der Maßstab des Geldwerthes wird preisgegeben [4]). Ebenso das Erforderniß der utilitas bei den Prädialservituten. Zu den alten Rusticalservituten, die durch ihren realen Werth für den Landwirth dem Erforderniß der utilitas in dem beschränkten Sinn, in dem die alte Zeit es auffaßte, entsprachen, gesellen sich die Urbanalservituten hinzu, die nur der Annehmlichkeit dienen,
S. 159. z. B. die servitus ne prospectui officiatur, und selbst die Rusticalservituten werden später auf diesen Zweck erweitert (l. 3 pr. de aq. quot. 43. 20: hoc jure utimur ut . . .

4) Von mir nachgewiesen in meinem Rechtsgutachten über die Gäubahn. Jahrbücher XVIII Nr. I oben S. 87 ff.

etiam amoenitatis causa aqua duci possit). In diese die XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Erweiterung des Interessenhorizonts des Volks wiederspiegelnde Entwicklungsreihe der verschiedenen Rechtsinstitute und Klagen greift auch die Fortbildung der actio injuriarum ein, d. h. sie dient als Mittel, um Interessen, denen das ältere Recht den Schutz versagte, denselben zu gewähren. Nicht bloß dem rein persönlichen der Genugthuung für eine widerfahrene Kränkung. Die Fälle, in denen sie gegeben ward, waren allerdings so beschaffen, daß ein empfindliches Ehrgefühl in ihnen eine Mißachtung der Persönlichkeit erblicken konnte, aber der praktische Werth der Klage ging darin nicht auf, sie leistete auch völlig unabhängig von dieser Voraussetzung den werthvollen Dienst, Eingriffe zurückzuweisen, die auch ein Mann von minder empfindlichem Ehrgefühl aus rein realistischen Gründen allen Anlaß hatte zurückzuweisen. Einige Beispiele mögen dies zeigen. Man möge mir verstatten, die Function der Klage in der ersten Richtung als die ideale, in der zweiten als die realistische zu bezeichnen.

Ein vornehmer Römer mochte mit gutem Recht in einer frivolen in jus vocatio eine Verletzung seiner Ehre erblicken; ihm kam es bei Anstellung der Klage lediglich auf den idealen Zweck der Klage an. Aber für einen Geschäftsmann oder Handwerker, der durch eine in jus vocatio in seinen Geschäften unterbrochen wurde und seine Zeit einbüßte, hatte die Klage einen realen Werth, sie gewährte ihm Ersatz für die verlorene Zeit oder die Störung seines Geschäftsbetriebes, und mochte er sich aus seiner Ehre noch so wenig machen, den Werth der Zeit und seines Geschäftes wußte er zu schätzen. Ein Beispiel gewährt die oben citirte l. 25 de act. emt. S. 160. (19. 1). Die act. injur., welche der Jurist hier dem Käufer zuspricht, hatte für ihn den Werth, daß sie ihm für die verursachten Weiterungen einen Ersatz bot, der mittelst der act. emti, da das verkaufte Object bereits tradirt war, nicht zu erlangen gewesen wäre, kurz die Klage diente ihm praktisch

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. als Interessenklage. Ebenso in dem Fall der l. 44 de injur. (47. 10). Man hat nicht nöthig, das Hinüberwerfen von Kehricht und Unrath in den eigenen Garten von Seiten des Nachbarn unter den Gesichtspunkt einer persönlichen Beleidigung zu bringen, um die Forderung zu begründen, daß das Recht einen Schutz dagegen gewähren solle, und die act. injur., welche das römische Recht in dem Fall gibt, dankbarlich zu acceptiren. Einen ähnlichen Anlaß dazu bietet die Verunreinigung eines uns gehörigen Platzes von Seiten Vorübergehender. Die act. injuriarum gewährt hier das einzige Schutzmittel, da selbstverständlich von einer act. negatoria nicht die Rede sein kann, und nach der römischen Besitztheorie das interd. uti possidetis ebensowenig am Platz ist (s. u.), die act. legis Aquiliae aber das Dasein eines Schadens zur Voraussetzung hat, an dem es hier regelmäßig fehlen wird. Andere Fälle werden noch unten folgen.

Der Gedanke, den ich hier für die act. injuriarum ausgesprochen habe: Beschaffung eines realistischen Erfolges mittelst einer ihrer Anlage nach nicht auf diesen, sondern auf den idealen Zweck der psychologischen Genugthuung für eine erlittene Rechtskränkung gerichteten Klage wiederholt sich noch bei einigen andern Klagen, es sind diejenigen, die man heutzutage unter den Namen der actiones vindictam spirantes zusammenzufassen pflegt. Gemeinsam ist ihnen allen der Gesichtspunkt der dem Kläger zugefügten persönlichen Kränkung und die daraus sich ergebenden Consequenzen, daß sie activ nicht auf die Erben, im Fall des Concurses nicht auf
S. 161. die Gläubiger übergehen, und daß sie sich nicht cediren lassen, die Rechtsmittel wegen doloser Verringerung des Vermögens (alienatio in fraudem creditorum, patroni) auf sie keine Anwendung finden. Der psychologische Erfolg, auf den es bei ihnen abgesehen ist: die Genugthuung für die widerfahrene Kränkung ist nur in der Person desjenigen möglich, der sie erfahren hat; dieselben gehören nicht zum Vermögen,

sondern inhäriren der Person, der vermögensrechtliche Erfolg, XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
den sie bewirken, bildet nach der Auffassung des Rechts nicht den Zweck der Klage, sondern eine durch letzteren postulirte Folge, nicht der ökonomische, sondern der psychologische Erfolg ist es, den das Recht im Auge hat. Aber auch für sie gilt ganz dasselbe, was oben für die act. injur. ausgeführt wurde: der ideale Gesichtspunkt leistet hier den Dienst, ein reales Interesse zu befriedigen.

In besonders anschaulicher Weise tritt dies bei der querela inofficiosi testamenti hervor. Sie läßt sich mit einem Wort als erbrechtliche Injurienklage bezeichnen[5]). Der Grund derselben ist die vom Testator dem ungerechtfertigterweise Enterbten oder Präterirten zugefügte Unbill[6]), welche ihn in den Augen der Welt mit einem Makel[7]) belegt hat. Die Klage, welche das Recht ihm dagegen zur Verfügung stellt, nimmt daher den Charakter einer persönlichen Beschwerde gegen den Testator („querela"), einer Anklage gegen ihn (accusatio")[8]) an, nicht das Interesse an der Erbschaft, sondern das Gefühl der Entrüstung[9]) gilt dem Rechte als das Motiv, das ihn zur Anstellung derselben bestimmen soll.

Deckt diese Auffassung die praktische Bedeutung der S. 162.
Klage? Sicherlich nicht! Ich ziele damit nicht auf die Möglichkeit eines abweichenden subjectiven Motivs bei Erhebung der Klage, daß sie bloß zufällig die realistische Funktion auszuüben vermag, sondern ich behaupte, daß diese realistische Funktion d. h. die Zuwendung der Erbschaft an die pflichttheilsberechtigten Personen den Zweck der Einführung

5) Mit der Injurienklage wird sie in l. 1 § 8 Si quid i. fr. patr. (38. 5) zusammengestellt: querelam inofficiosi vel quam aliam forte injuriarum vel similem.

6) „Injuria" l. 8 pr. de inoff. (5. 2).

7) „Nota" l. 18 de lib. (28. 2).

8) Accusatio, accusare, l. 6 § 2, l. 7, l. 31 pr. de inoff. (5. 2).

9) l. 22 pr. ibid. Indignatio.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. der Klage bildete, und daß die Erfassung derselben unter dem persönlichen Gesichtspunkt hier wie so oft [10]) nur die historische Form abgegeben hat, in der ein Gedanke, der seine Berechtigung in sich selber trug, zuerst das Licht der Welt erblickte. So lange das Testament noch in den Volkscomitien errichtet ward, gewährte das dem Volk meiner Ansicht nach zustehende Recht der Annahme oder Verwerfung des Testamentsentwurfs den nächsten Verwandten eine Sicherung gegen ungerechtfertigte Ausschließung, als aber das Privattestament aufkam, fiel dieses Sicherungsmittel hinweg, und es bedurfte eines neuen. In diese Lücke trat die querela inofficiosi ein. Es war also ein höchst gewichtiges reales Interesse, dem sie entsprechen sollte, es handelte sich um die Sicherung der Erbansprüche der nächsten Verwandten gegen die Willkür des Testators, die Einengung der testamentarischen Freiheit in die richtigen Grenzen. Die querela inoff. fällt in legislativer Beziehung unter keinen andern Gesichtspunkt als die leges Furia, Voconia, Falcidia, welche dem Übermaß der Legate eine Grenze setzten, der Gesichtspunkt der persönlichen Kränkung des Ausgeschlossenen war bloß künstlich herangezogen, er diente ebenso wie der color insaniae nur dazu, um jenen höchst realen Zweck zu vermitteln.

Nicht anders ist das Verhältniß der act. injur. in den obigen Fällen. Hinter dem Gesichtspunkt der persönlichen S. 163. Beleidigung, den sie heranzieht, versteckt sich ein reales Interesse, das mittelst ihrer den Schutz findet, den es im älteren Recht entbehrte. Ob die Absicht, für diese Fälle eine Hülfe zu gewähren, für die römischen Juristen nicht ein Motiv mit abgegeben hat, die act. injur. über ihren ursprünglichen Anwendungskreis zu erweitern, oder ob der Impuls zu dieser Ausdehnung der Klage ursprünglich lediglich in der gesteigerten

10) Von mir nachgewiesen in meinem Schuldmoment des römischen Privatrechts, Gießen 1867, abgedruckt in meinen vermischten Schriften S. 186 ff.

Empfindlichkeit des nationalen Ehrgefühls zu finden ist, und XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
der auf diesem Wege bewirkte Fortschritt von den römischen Juristen nur hinterher dazu verwendet worden ist, um in diesen Fällen Hülfe zu gewähren, lasse ich dahin gestellt; mir genügt die Thatsache, daß dies geschehen, und daß dadurch eine Lücke im Recht ausgefüllt worden ist.

Die letztere Behauptung soll demnächst dargethan werden. Ich gedenke, nachdem ich vorher die Klage in dieser ihrer realen Funktion principiell bestimmt habe, eine ganz genaue Casuistik derselben zu geben, die, ausgehend von den in unsern Quellen namhaft gemachten Fällen, ihnen alle Verhältnisse unseres heutigen Lebens, in denen die Klage ebenfalls am Platz ist, anschließen soll. Die Funktion derselben in der angegebenen Richtung charakterisirt sich dadurch, daß sie die Person in ihren concreten Rechtsverhältnissen schützt, während die act. injur. in ihrer ursprünglichen historischen Gestalt lediglich die Person als solche schützte, in der einen Richtung will ich sie als die concrete oder reale, in der zweiten als die abstracte Injurienklage bezeichnen; das Genauere folgt unten.

II. Der Stand der Lehre.

Das Verdienst, innerhalb der act. inj. zuerst zwei Functionen unterschieden zu haben, die er aber mit keinem besonderen Namen benennt, gebürt meines Wissens F. Walter[11]). S. 164. Den römischen Juristen ist die Unterscheidung fremd, ja es findet sich bei ihnen nicht einmal eine Andeutung davon, daß sie die Klage über ihre ursprüngliche Anwendungssphäre ausgedehnt haben. Nirgends wird dieselbe in dieser ihrer Erweiterung als utilis bezeichnet, oder auch nur der Versuch gemacht, die Ausdehnung zu rechtfertigen. Würden nicht sonstige Gründe zu der Annahme drängen, daß sie die

11) Neues Archiv für Kriminalrecht IV S. 108—140, S. 240—308 (1821).

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Klage über ihren ursprünglichen Anwendungskreis erweitert haben, man könnte glauben, daß der Begriff der Injurie schon im ältesten Recht dieselbe Weite besessen habe, wie im spätern. Wie geht es zu, daß sie es versäumen, diese Thatsache zu betonen, während sie sonst doch gewohnt sind, die Klage in der ihr gegebenen Erweiterung als utilis actio zu bezeichnen? Der Grund ist ein ganz einfacher. Überall, wo der letztere Ausdruck sich findet, handelt es sich um die Ausdehnung einer Klage über den in dem Gesetz oder im Edikt fixirten Thatbestand hinaus, hier dagegen um Ausdehnung eines Begriffs, der, ohne daß dem dafür im Gesetz (hier im prätorischen Edikt) gebrauchten Wort Gewalt angethan zu werden brauchte, ohne also äußerlich mit dem bisherigen Recht in Widerspruch zu treten, von der Jurisprudenz innerlich eben so erweitert werden konnte, wie dies durch den Sprachgebrauch des Lebens jeder Zeit geschieht. Hätte die lex Aquilia sich statt des concreten Ausdrucks: usserit, fregerit, ruperit der abstrakten Bezeichnung damnum injuria datum bedient, es würde in unseren Quellen von einer act. utilis legis Aquiliae ebenso wenig die Rede sein wie von einer act. injur. utilis[12]). Die lex Cornelia bestimmte ihren Injurienbegriff concret (pulsatum, verberatumve, domumve vi introi-
S. 165. tam“ l. 5 pr. de inj. 47. 10), das prätorische Edikt den seinigen abstrakt, (quid injuriae factum sit“ l. 7 pr. ibid.), und damit war die Möglichkeit geboten, demselben ohne äußere Namhaftmachung der Ausdehnung einen ungleich reicheren Inhalt zu geben, als der erste Urheber des Edikts im Auge gehabt hatte, während man die Klage aus der lex Cornelia nicht hätte ausdehnen können, ohne dies durch den Beisatz utilis bemerklich zu machen[13]).

---

12) Lenel, das Ediktum perpetuum S. 322.

13) Ueber diesen Gegensatz der inneren, äußerlich nicht hervortretenden Erweiterung und der äußerlich sichtbar werdenden Ausdehnung der Klage s. meinen Geist des R. R. II 2 S. 654 (Aufl. 4).

Hiermit war allerdings nicht ausgeschlossen, daß die römischen Juristen nicht gleichwohl die wesentliche Erweiterung, welche sie mit der Klage vornahmen, hätten betonen und von der ursprünglichen Anwendungssphäre derselben hätten abheben können. Dies ist jedoch, wie bereits bemerkt, von ihnen nicht geschehen, und es war und ist Aufgabe der heutigen Jurisprudenz, dies nachzuholen. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Sehen wir uns die Versuche, die in dieser Richtung unternommen sind, an.

Walter unterscheidet die beiden Funktionen in folgender Weise. Die eine hat zum Zweck den Schutz der Ehre, sie schützt die Rechte, welche sich auf die Person beziehen (S. 260), die andere hat zum Zweck den Schutz der Rechtsfähigkeit, sie schützt das rechtliche Verhältniß der Person zu den Sachen; in der Verletzung der letzteren liegt eine Verletzung des Gesellschaftsrechts, eine Verachtung der Rechte des Andern, eine injuria (S. 264). Dieselbe ist in drei Richtungen möglich (S. 260—272): in Bezug auf das Recht an den res communes, nach l. 2 § 9 Ne quid in loco publ. (43. 8), l. 13 § 7 de injur. (47. 10), in Bezug auf Besitz und Eigenthum nach l. 13 § 7, l. 15 § 31, l. 23, l. 24 ibid., in Bezug auf ein Obligationsverhältniß nach l. 1 § 38 S. 166
Depos. (16. 3).

Hören wir, wie Walter die Theorie der Klage in dieser zweiten Richtung formulirt.

„Die existimatio im eigentlich juristischen Sinn, sagt er S. 243, ist die bürgerliche vom Staat anerkannte Rechtsfähigkeit einer Person. So gewiß wie jeder Bürger die Gesetze achten muß, so muß er auch die Rechtsfähigkeit seines Mitbürgers in dem von den Gesetzen bezeichneten Umfang anerkennen. Allein wenn Jemand irgend ein Recht eines Andern verletzt, so greift er einen Theil von dessen Rechtsfähigkeit an, indem er diesem nicht alle Rechte zugestehen will, welche der Staat demselben zugesichert hat. Mithin liegt in

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. einer jeden Rechtsverletzung ein Angriff auf die existimatio, eine Injurie; der Begriff der injuria auf die existimatio in dem obigen Sinne bezogen, ist also soweit umfassend, wie die bürgerliche Rechtssphäre einer Person."

Es liegt auf der Hand, daß Walter hierbei einen Fehler begeht, und es ist nicht schwer, denselben aufzufinden. Er besteht in der Verwechslung der Rechtsfähigkeit und der concreten Rechte. Es ist derselbe Fehler, den Puchta beging, als er den Besitz als Recht der Persönlichkeit charakterisirte und in jeder Besitzverletzung eine Verletzung des Rechts der Persönlichkeit erblicken wollte. Die Bestreitung des concreten Besitzverhältnisses enthält keine Bestreitung der abstracten Besitzfähigkeit der Person; ebenso wenig die Verletzung eines concreten Rechts eine Verletzung der abstracten Rechtsfähigkeit der Person. Der Schuldner, welcher das Dasein der Schuld, der dritte Besitzer unserer Sache, welcher die Existenz unseres Eigenthums bestreitet, tastet in keiner Weise unsere Fähigkeit an, Forderungen und Eigenthum zu haben.

S. 167. Dieser Auffassung zufolge würde jedes Unrecht eine injuria enthalten, der gesammte Rechtsschutz würde sich in die actio injuriarum auflösen, womit das eigentliche Moment der letzteren Klage vollständig Preis gegeben wäre. Wie lassen sich unter dieser Voraussetzung die übrigen Rechtsmittel von dieser Klage unterscheiden? Walter antwortet darauf (S. 248): „die Gesetze zeichnen gewisse Rechtsverletzungen durch besondere Namen und Strafen aus, indem sie sich nach derjenigen Verletzung richten, welche in der Handlung die hauptsächliche und vorherrschende ist. Wenn daher in einer Handlung zwei Vergehen zugleich enthalten sind, so wird der Name und die Strafe des geringeren durch das größere consumirt. Da nun eine jede Rechtsverletzung zugleich eine Injurie in sich faßt, so läßt sich die obige Frage im Allgemeinen nur so beantworten, daß die act. injuriarum aus jeder Rechts-

verletzung angestellt werden kann, welche nicht schon unter einem andern gesetzlich ausgezeichneten Vergehen subsumirt ist". XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. *Walter* verhehlt sich die Unbestimmtheit dieser Fassung nicht und sucht derselben durch die Bemerkung zu begegnen[14], daß „einige Rechte *näher* mit der Person zusammenhängen, während andere sich *mehr* auf das Vermögen (res familiares) beziehen. Es liegt auf der Hand, daß die Injurienklage wegen einer reinen Vermögensverletzung nicht zugelassen wird, indem dafür die lex Aquilia oder eine andere noch speciellere Klage zu Gebote steht". (S. 249) — „die Klage findet nur wegen einer eigentlich persönlichen Verletzung statt" (S. 252).

Die Darstellung leidet an großer innerer Unklarheit. Sind die Rechtsverletzungen, derentwegen das römische Recht die Injurienklage gibt, innerlich von denjenigen, für welche andere Klagen gewährt werden, verschieden oder nicht? Dar- S. 168.
auf erhalten wir im Grunde zwei Antworten: Ja und Nein.

Zuerst *Nein*! Jede Rechtsverletzung schließt eine Injurie in sich, indem sie die Rechtsfähigkeit und damit die Person als solche antastet. Die Consequenz dieser Auffassung würde darin bestehen, daß dem Verletzten die Wahl zugestanden werden müßte, statt der sonst noch zur Verfügung gestellten speciellen Delictsklage z. B. der act. furti oder act. legis Aquiliae die Injurienklage anzustellen. Daran nimmt aber *Walter* mit Recht Anstoß, und um dies Resultat abzuwehren, greift er zu der völlig unhaltbaren Behauptung: „der Name und die Strafe des geringeren Vergehens werde durch das größere *consumirt*". Unhaltbar ist sie, weil die Annahme, daß die Injurie den andern Delicten gegenüber das geringere Vergehen sei, mit Nichts bewiesen ist, nirgends bieten die Quellen auch nur den dürftigsten Anhaltspunkt dafür dar, um die verschiedenen Privatdelicte nach Maßgabe

---

14) Die Abgrenzung der act. injur. gegen die criminelle Verfolgung der Ehrverletzung, Freiheitsberaubung, Körperverletzung (S. 252 fl.) hat für unseren Zweck kein Interesse.

XXIII Jahrg. Bd. XXIII. ihrer moralischen Schwere zu classificiren. Nach Maßgabe der auf sie gesetzten Strafe wäre dies allerdings möglich gewesen, allein auch dieser Maßstab trifft für die act. injur. nicht zu, da der Betrag derselben ganz in das Ermessen des Richters gestellt war, sich folglich den Beträgen, auf welche die andern Delictsklagen gerichtet sind, von vornherein nicht als der kleinere gegenüberstellen ließ. Bei der Beschädigung einer unbedeutenden Sache bekam der Kläger nur den Werth des letzten Monats; wäre in dem Fall auch die Injurienklage statthaft gewesen, so hätte er vielleicht ungleich mehr erhalten, von vornherein d. h. nach dem abstrakten Zuschnitt beider Klagen ließ sich gar nicht bestimmen, welche von beiden für den Kläger die vortheilhaftere war. Aber selbst angenommen, die speciellen Delictsklagen seien es gewesen, auf welchen Grund hin wollte man dem Kläger die Befugniß bestreiten,
S. 169. in einem Fall, wo der Thatbestand zweier Klagen vorlag, die ihm passendere zu wählen, selbst wenn sie ihm weniger eintrug? Wo steht denn der Satz, daß bei Privatklagen — und zu ihnen gehören ja auch die Delictsklagen — der Kläger diejenige anstellen muß, welche auf den höheren Betrag gerichtet ist?

Sodann Ja! Die Rechtsverletzungen, derentwegen, die Injurienklage gegeben wird, sind innerlich von denen der anderen Delicte unterschieden, so daß also nicht bloß der Umstand, daß wegen letzterer bereits eine andere Klage gegeben wird, die Erhebung der ersteren Klage ausschließt, sondern auch die Verschiedenartigkeit des Thatbestandes. Wie völlig unbestimmt ist aber das Moment, das beide von einander trennen soll. Einige Rechte sollen näher mit der Person zusammenhängen, während andere sich mehr auf das Vermögen beziehen. Vorher wird gesagt, daß, wenn Jemand irgend ein Recht des Andern verletzt, er damit einen Theil von dessen Rechtsfähigkeit angreife, die Verschiedenheit des Rechts wird also principiell für einflußlos erklärt, und hier

erfahren wir, daß dieselbe dennoch von Einfluß ist, daß sie XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
die Anwendbarkeit der Injurienklage gänzlich ausschließen kann. Ist die letztere Behauptung richtig, so ist die erstere unrichtig, ist diese richtig, so jene unrichtig. Wegen einer reinen Vermögensverletzung soll die Klage nicht zugelassen werden, nur wegen einer eigentlichen persönlichen Verletzung. Allein sie wird dem Käufer auf Herausgabe der tradirten Sache ganz so gegeben, wie die actio ad exhibendum (l. 25 de act. emt. cit.). Liegt hier weniger eine reine Vermögensverletzung und mehr eine eigentliche persönliche Verletzung vor als beim damnum injuria datum, bei dem es nach Walter selbstverständlich ist, daß die Injurienklage nicht zugelassen wird? Hier wie dort ist es das Eigenthum, welches von der andern Seite angetastet wird. Verhält es sich anders im Fall der l. 15 § 31 de inj. (47. 10): si quis bona ali- S. 170.
cujus vel rem unam per injuriam occupaverit? Kann man von der hier gewährten Injurienklage sagen, daß sie sich mehr auf die Person, weniger auf das Vermögen beziehe, als die act. vi bonorum raptorum? Die Wendungen, deren Walter sich bedient: mehr, näher, rein, eigentlich sind bloße Worte, bei denen, da es an der genaueren Feststellung des Sinnes, den er damit verbindet, gänzlich fehlt, der Leser sich selber ebensowenig etwas Klares denken kann, als er selber es sich dabei gedacht hat. Nachdem im Anfang sämmtliche Rechtsverletzungen von ihm einmal unter den Gesichtspunkt der Injurie gebracht worden sind, ist es ein völlig aussichtsloses Unterfangen, gewisse von ihnen wiederum davon auszuschließen. Wer ersteres gethan hat, dem bleibt nichts übrig, als entweder die elective Concurrenz der act. injur. mit sämmtlichen Delictsklagen einzuräumen, wie dies von Windscheid[15]) geschieht, nur mit der allerdings nicht zu umgehenden Beschränkung des Moments der bewußten Rechtsver-

15) Lehrbuch des Pandektenrechts II § 472 Anm. 1.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. letzung, oder aus den Quellen den Nachweis zu führen, daß die Injurienklage bei der Zuständigkeit sonstiger Delictsklagen durch positive Bestimmung ausgeschlossen ist. Walter war von einem vollkommen richtigen Gefühl geleitet, indem er sich gegen eine solche elective Concurrenz erklärte und sich dafür auf die Verschiedenartigkeit des Thatbestandes bei der Injurie und den sonstigen Delicten berief, aber eben darum hätte er den Gesichtspunkt nicht an die Spitze stellen dürfen, daß sämmtliche Rechtsverletzungen eine Antastung der Rechtsfähigkeit der Person d. h. eine Injurie enthalten. Wer die Injurie von den übrigen Delicten ausscheiden will, kann dies nur auf dem Wege, daß er von vornherein dem Begriff der Injurie
S. 171. eine Fassung gibt, die weit genug ist, um die Fälle, in denen die römischen Juristen die act. inj. zulassen, unter sich zu begreifen, und eng genug, um die Thatbestände der übrigen Delicte auszuschließen, wie dies von uns im Folgenden versucht werden soll.

So kann denn meines Erachtens das Urtheil über die Arbeit von Walter nur dahin lauten, daß es ihr nicht gelungen ist, das Problem zu lösen. Aber sie hat wenigstens das Verdienst gehabt, dasselbe aufzuwerfen und der civilistischen Literatur nach ihm es unmöglich zu machen, an demselben verstohlen vorbeizugehen. In den Pandektencompendien, die seit jener Zeit erschienen sind, wird die Frage regelmäßig berührt, nur Göschen (Vorlesungen über das gemeine Civilrecht II § 593; 1839) schleicht sich in seiner überaus schwachen Darstellung der Lehre von den Injurien an derselben vorbei, und Thibaut (System des Pandektenrechts Aufl. 8 B. 2 § 624; 1838) ist so glücklich, dadurch mit ihr in bequemster Weise fertig zu werden, daß er die ganze Lehre von den Injurien dem Strafrecht überweist.

Schweppe (das römische Privatrecht, Aufl. 4 von Meyer B. 3. § 544; 1831) zählt die einzelnen von Walter namhaft gemachten Fälle auf und fügt dann die Bemerkung

hinzu; „es lassen sich diese Fälle kaum auf einen allgemeinen XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
und dabei *leitenden* Gesichtspunkt zurückführen. Denn die Injurie darnach als absichtliche Kränkung der Menschen- und Bürgerrechte überhaupt zu definiren, bringt keine hinreichende Bestimmtheit in den Begriff. Die actio injuriarum galt vielmehr bei den Römern als eine Art Ergänzungsklage für mehrere verwandte Verhältnisse, in denen es an einer bestimmten Klage fehlte, und in denen Jemand *ohne Schaden an seinem Vermögen* Unrecht zugefügt war". Der Gedanke dieser subsidiären Function der Klage ist ein ganz gesunder und bezeichnet gegenüber Walter einen Fortschritt. Er hat zu seiner Grundlage die oben von mir hervorgehobene S. 172.
Lückenhaftigkeit des älteren Rechts, das gegen manche Rechtsverletzungen gar keinen Schutz gewährte, und macht es begreiflich, daß die römischen Juristen zu dieser Klage greifen konnten. Ob Schweppe mit der Behauptung Recht hat, daß es derselben an einem leitenden Gesichtspunkt fehle, wird sich unten zeigen.

Wening-Ingenheim (Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Aufl. 4 Band 2 § 339; 1831) definirt die Injurie als persönliche Verletzung oder Kränkung allgemeiner Menschen- und Bürgerrechte und unterscheidet zwei Arten derselben: *Rechts*kränkungen und *Ehren*kränkungen. Die Bezeichnung ist eine ganz treffende, aber die Definition, die er von der ersteren giebt, eine völlig verfehlte, denn sie wiederholt den oben gerügten Fehler von *Walter*, indem sie die *Rechtsfähigkeit* mit den *concreten Rechten* verwechselt. Die Injurien dieser ersten Art, sagt er, verletzen „die bürgerliche *Rechtsfähigkeit* der Person d. h. die vom Staat anerkannten genau bestimmten Rechte, die dem Einzelnen als Mensch und Bürger zustehen." Wer das Verhältniß dieses Lehrbuchs zu dem von seinem Herausgeber bei Heise nachgeschriebenen Pandektenheft und den geistigen Abstand kennt, der den Schüler von dem Lehrer trennte, wird die Vermu-

XXIII Jahrg. Bd. XXIII. thung kaum unterdrücken können, daß die treffende Bezeichnung: Rechtskränkung von Heise, die Definition der letzteren als Verletzung der Rechtsfähigkeit dagegen, welche alles wieder verdirbt, von Wening-Ingenheim herrührt. Der Verfasser führt als Beispiele solcher Rechtskränkungen neben andern, welche uns nicht interessiren, da sie nicht die sog. erworbenen, sondern die angeborenen Rechte der Person zum Gegenstand haben wie z. B. den Angriff auf Freiheit, auf Unverletzbarkeit des Körpers und der geistigen Kräfte, auch
S. 173. diejenigen Rechtsverletzungen an, welche sich auf den freien Gebrauch des Eigenthums und Besitzes und auf Obligationen, die eine besondere Verpflichtung zur Treue begründen, beziehen. Aber wer hat je Besitz, Eigenthum und Obligationen zur Klasse derjenigen gerechnet, welche dem Einzelnen als Mensch und Bürger zustehen? Was ihm als Mensch und Bürger zusteht, ist nur die Fähigkeit zu diesen Rechten, nicht letztere selber, und diese Fähigkeit beschränkt sich nicht auf die genannten Rechte, sondern erstreckt sich über das ganze Rechtsgebiet, und es ist nicht abzusehen, warum, wenn die Verletzung von Obligationen, welche eine besondere Verpflichtung zur Treue begründen, die act. injuriarum erzeugt, dies nicht ebenso gut für jede andere Obligation gelten sollte, oder wenn Besitz und Eigenthum Anspruch auf diese Klage haben, Erbrecht, Pfandrecht, Servituten nicht denselben Anspruch sollten erheben können, da auch sie „vom Staate anerkannte, genau bestimmte Rechte" sind. Bei einer so weiten Ausdehnung des Injurienbegriffs würde wegen jeder Rechtsverletzung, gleichgültig ob im außerkontraktlichen oder kontraktlichen Verhältniß, die Injurienklage angestellt werden können.

Die verunglückten Versuche seiner Vorgänger, die act. injur. auf Grund von Rechtsverletzungen von der auf Grund von Ehrverletzungen genau zu unterscheiden, haben, wie es scheint, Mühlenbruch (Lehrbuch der Pandekten II § 448; 1836) bestimmt von dieser Unterscheidung gänzlich ab-

zusehen. Er stellt Beraubung des Verstandes, der Freiheit, Verletzung des Rechts auf Ehre auf *eine* Linie mit der „Beeinträchtigung Jemandes im Gebrauch des Seinen, ohne ernstliche Rechtsanmaßung, Verhinderung der Ausübung allgemeiner Menschen- oder Bürgerrechte“ — allerdings die bequemste Manier, um über die Schwierigkeit der Unterscheidung der beiden Richtungen der Injurienklage hinwegzukommen. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Puchta (Pandekten § 387) definirt die Injurie, „als *wissentliches Unrecht*, das seine Richtung gegen die Person des Verletzten hat, ohne die *Absicht* einer Vermögensbeschädigung, wenn diese auch nebenher als *Folge* der Handlung eintreten sollte. Dieses Delict bildet ein Supplement zu den besondern dolosen Vergehungen; eine Handlung, mit der sich jene persönliche Intention verbindet, begründet die injuriarum actio; unter dieser Voraussetzung kann *jeder Eingriff* in das Rechtsgebiet eines Andern diese Klage zur Folge haben, wenn nur der Verletzte sich rein auf die Hervorhebung jenes animus injuriandi beschränkt und von den sonstigen Qualificationen der Handlung, z. B. der Vermögensbeschädigung absieht.“ *Puchta* nimmt also den Gedanken von *Schweppe* auf, indem er dem Injurienbegriff einen suppletorischen Charakter beilegt, anderseits neigt er sich *Walter* zu, indem er in jedem Unrecht, in jedem Eingriff in das Rechtsgebiet eines Andern eine Injurie erblickt, vorausgesetzt daß es seine Richtung gegen die Person des Verletzten nimmt — die *Walter*sche Idee von dem *nähern* Zusammenhang der Injurie mit der Person. S. 174.

An *Puchta* schließt sich wie gewöhnlich im Wesentlichen *Arndts* (Pandekten § 339) an. „Injurie ist jedes wissentlich verübte Unrecht, welches nach der Gesinnung der Handelnden wesentlich gegen die Person eines Andern gerichtet ist und aus der Nichtachtung seiner Persönlichkeit hervorgeht. Die verschiedenartigsten Rechtsverletzungen können durch diese Gesinnung den Charakter einer Injurie annehmen und die

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. actio injuriarum (ex generali interdicto) erzeugen.“ Das von Puchta hervorgehobene negative Moment, daß der Kläger dabei von der Vermögensbeschädigung absehe, läßt er fallen; ob er damit hat sagen wollen, daß die Klage auch
S. 175. die Ausgleichung der letzteren zum Gegenstande haben könne, ist nicht zu ersehen.

Einen Fortschritt macht die Darstellung von Sintenis (Das praktische gemeine Civilrecht II § 124), indem sie die Antastung der Ehre als unmittelbare, die der Rechte als mittelbare Verletzung der Persönlichkeit bezeichnet und das Motiv, aus dem letztere hervorgehen kann, veranschaulicht: „Eigensinn, Bosheit, Uebermuth oder irgend ein anderer Beweggrund, abgesehen von dem Willen zu schaden oder zu gewinnen.“ Den Thatbestand der injuria in diesem Sinne setzt er darein, daß der Thäter den Gegner in der Ausübung seiner Rechte hindere, beschränke, beunruhige, ohne sie zu bestreiten; die Handlung könne die Wirkung fremder Vermögensbeschädigung haben, aber die Absicht sei nicht darauf gerichtet. Ob diese letztere Unterscheidung haltbar ist, werde ich unten Gelegenheit haben zu prüfen.

Seuffert, (Prakt. Pandektenrecht II § 406) unterscheidet die Injurie im engern Sinne, welche er als absichtlichen Angriff auf die Ehre einer Person definirt, von der im weiteren, worunter er jedes „wissentliche in der Richtung gegen die Person zugefügte Unrecht“ versteht. „In der Richtung gegen die Person“. Das ist eine von jenen Wendungen, die sich in abstracto ganz gut ausnehmen, — Jeder unterscheidet in Gedanken sofort die Richtung auf die Sache — mit denen man aber in der Anwendung nichts anfangen kann, da es an der Angabe eines bestimmten Kriteriums, woran man die beiden Richtungen erkennen soll, völlig fehlt. Sie ist um nichts besser, als die obige von Walter: „näher mit der Person zusammenhängend“ — Verlegenheitsphrasen des Theoretikers, die etwas zu sagen scheinen und doch in

Wirklichkeit nichts sagen. Enthält der Raub ein Unrecht in XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
der Richtung gegen die Person? Wenn man die der Person zugefügte Gewalt in Anschlag bringt, so möchte man S. 176.
sagen: „Ja"; faßt man die ihr entzogene Sache und den Namen der Klage: actio vi bonorum raptorum ins Auge, so: „Nein." In l. 15 § 31 de inj. wird die act. injur. gegeben: si quis bona alicujus vel rem unam occupaverit, ohne daß Gewalt gegen die Person begangen ist, es handelt sich um Aneignung der Sache, und doch betont die Klage das Unrecht gegen die Person — worin liegt der Unterschied vom Fall des Raubes? Enthält die Vorenthaltung einer fremden Sache ein Unrecht in der Richtung auf die Person oder auf die Sache? Jeder Unbefangene wird sagen: letzteres, wie schon der Name der hier zuständigen Klage (rei vindicatio) beweist, und doch gewährt l. 25 de act. emt. (19. 1) hier dem Käufer die act. injur. Mit der abstrakten Behauptung: in den beiden genannten Fällen richtet sich das Unrecht gegen die Person, ist gar nichts ausgerichtet, es bedarf des Nachweises, worauf es beruht, daß dieser Gesichtspunkt hier Platz greift, in anderen, scheinbar ganz gleichen Fällen nicht, und diesen entscheidenden Punkt hat Seuffert gar nicht berührt.

Nach Keller (Pandekten § 376) begreift die Injurie nur diejenigen Verletzungen, „welche der Mensch an etwas Anderem als an seinem eigentlichen (!) Vermögensrecht erleidet. So kann man im gewissen Sinne sagen: das ganze römische Privatrecht dreht sich theils um das Vermögen, theils um die Ehre, und diese begreift alle Attribute der Menschen, welche nicht Vermögensrechte sind und doch den Schutz des Staats genießen." Wie sich damit die oben von Walter genannten Fälle einer vermögensrechtlichen Rechtsverletzung, die Keller selber aufführt, sollen vereinigen lassen, darüber äußert er sich nicht!

Windscheid (Lehrb. des Pandektenrechts II § 472) be-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. S. 177. finirt die Injurie vollkommen richtig als jede bewußte rechtswidrige Handlung, welche den Ausdruck einer Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthält, und fügt dann die ebenfalls vollkommen richtige Bemerkung hinzu, daß die Handlung nicht zu dem Zweck vorgenommen zu sein brauche, um dadurch eine Mißachtung der fremden Persönlichkeit an den Tag zu legen, sondern daß es ausreiche, wenn sie in dem Bewußtsein vorgenommen worden sei, daß sie einen Ausdruck der Mißachtung der fremden Persönlichkeit enthalte. Aber der Schluß, den er daran reiht, daß „daher in jeder bewußten Rechtsverletzung eine Injurie liege", ist verfehlt und wird durch die Stellen, welche er anführt, nicht bewiesen, wie ich unten darthun werde. Wenn er sodann die Bemerkung hinzufügt, daß in dem Fall, wenn die Handlung unter die Kategorie irgend eines anderen Vergehens falle, die Strafe dieses Vergehens und nicht die der Injurie eintrete, so gilt davon das bereits oben (S. 245) gegen Walter Gesagte.

Brinz, der in der ersten Auflage seines Pandektenlehrbuchs (§ 119) die Injurie behandelte, hat sie in der zweiten (§ 338 Anm. 2) mit Rücksicht auf die inzwischen durch unser Strafgesetzbuch § 185 angeordnete strafrechtliche Verfolgung der Beleidigung von der Darstellung ausgeschlossen. Ebenso Wächter in dem seinigen. In der ersten Auflage macht Brinz für diejenigen Anwendungsfälle der Injurienklage, die wir hier im Auge haben, den Gesichtspunkt der Chikane geltend, und stellt sie auf eine Linie mit den Real- und Verbalinjurien. Bei Gelegenheit der Eigenthumsklagen (§ 64) äußert er sich über diese Anwendung der Klage in folgender Weise, wobei ich vorausschicke, daß sie zwar nicht ausdrücklich als solche bezeichnet wird, daß sich aber aus dem Register unter act. injur., wobei auf den § 64 verwiesen wird, ergibt, daß letztere gemeint ist. „Wer die Ausübung des Eigenthums hemmt oder sich anmaßt, ohne damit Eigenthum oder jura in re
S. 178. für sich selber in Anspruch zu nehmen, kann dies zur Chi-

kane des Eigenthümers in diebischer oder räuberischer Weise thun und also mit Klagen belangt werden, die keine Eigenthumsklagen sind." Daß der Gesichtspunkt der Chikane nicht der geeignete ist, um die hier in Rede stehende Anwendungssphäre der act. inj. zu decken, ist einleuchtend. Wer einem Andern den von ihm belegten Platz in der Eisenbahn, den Stuhl in der Restauration entzieht, an der Wirthstafel sich von seinem Wein einschenkt, über das Geländer oder die Hecke in den Garten des Nachbarn steigt, um seine Hühner zu verfolgen, thut dies nicht in der Absicht, um ihm zu schaden oder ihn zu ärgern, ohne selber einen Vortheil zu verfolgen, was ja den Begriff der Chikane bildet [16]), sondern um selber etwas für sich zu erreichen, und am wenigsten verträgt sich die Chikane mit der „diebischen oder räuberischen Weise" der Eingriffe in ein fremdes Eigenthum. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Baron (Pandekten § 321) unterscheidet die Injurie im engern Sinne, die contumelia, welche er als die absichtliche Verletzung fremder Ehre definirt, und stellt ihr gegenüber „jede andere Mißachtung einer fremden Persönlichkeit", eine Unterscheidung, die mir unklar ist, da die Mißachtung einer fremden Persönlichkeit meinem Dafürhalten nach ganz dasselbe ist, wie die Verletzung ihrer Ehre. Unter dieser „andern" Mißachtung der Persönlichkeit figuriren dann einige der oben von Walter aufgeführten Fälle, daneben aber auch die wissentlich grundlose Bestreitung der Freiheit.

Das Ergebniß dieser Uebersicht über die Literatur ist kein sehr erfreuliches. Man kann nicht sagen, daß der Stand der Lehre seit Walter erheblich gefördert worden ist, die Einzigen, denen ich ein Verdienst in dieser Beziehung zuerkennen möchte, sind Schweppe mit seiner Betonung der subsidiären Funktion der act. injur. und Sintenis mit seiner Unter- S. 179.
scheidung der unmittelbaren und mittelbaren Ver-

16) l. 38 de R. V. (6. 1) . . . nihil laturus, nisi ut officias.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. letzung der Persönlichkeit und der Veranschaulichung des äußeren Thatbestandes: Hinderung, Beschränkung, Beunruhigung des Andern in der Ausübung seiner Rechte ohne Bestreitung derselben sowie der Hervorhebung des Motivs des Uebermuths. Wenn die darin gelegenen Anregungen an den Schriftstellern, welche sich später über die Sache haben vernehmen lassen, fruchtlos vorübergehen konnten, so will ich dies den letzteren nicht gerade zum Vorwurf machen. Das Problem einer scharfen Unterscheidung der beiden Funktionen der act. injur. und der Abgränzung der letzteren in ihrer subsidiären oder concreten Funktion erfordert ein so detaillirtes Eingehen in die Einzelnheiten, daß es nur auf dem Wege einer nichts weniger als verlockenden Specialuntersuchung gelöst werden kann. Von dem wenig verlockenden Charakter derselben habe ich mich durch eigene Erfahrung reichlich überzeugt, und ich würde wahrscheinlich von der angefangenen Arbeit abgestanden sein, wenn ich nicht geglaubt hätte, daß sich dieselbe wenigstens nach einer gewissen Seite hin völlig bezahlt machen würde. Es ist dies die Veranschaulichung der praktischen Funktion und der casuistischen Tragweite der Klage. Schon seit Jahren habe ich sowohl in meinen Pandektenvorlesungen wie in meinem Pandekten-Praktikum dieser Seite des Themas eine ganz besondere Aufmerksamkeit zugewandt, da ich mich überzeugt hatte, daß sie selbst den tüchtigeren meiner Zuhörer gänzlich fremd war, und aus diesem Grunde habe ich in meine „Jurisprudenz des täglichen Lebens" (Aufl. 5. Jena 1883) eine Menge von Anwendungsfällen unserer Klage aufgenommen, welche denselben Gelegenheit geben sollten, sich
S. 180. mit derselben vertraut zu machen [17]. Der Unkenntniß unserer Klage bin ich aber nicht bloß im Kreise der Studierenden begegnet, sondern auch die Literatur und Rechtsprechung bietet

17) Ich stelle sie hier zusammen: I. 27—29. II. 8, 9. 42. III. 43, 44, 46, 47—50. IV. 2, 57, 58, 71. X. 1, 19, 25, 26, 28. XI. 18, 25. XIV. 4. XVI. 6, 15. XVII. 1, 6.

Beispiele dafür dar, erstere z. B. in dem bekannten Fall der XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
„nächtlichen Spektakulanten" von Thibaut, gegen welche er das interd. uti possidetis wegen Besitzesstörung geben wollte, letztere in manchen Entscheidungen im Seuffertschen Archiv, deren ich unten gedenken werde.

III. Abgrenzung der concreten Injurienklage von der abstracten und von sonstigen Klagen.

Der Gegensatz der beiden Functionen der Injurienklage ist ein äußerst einfacher und leicht erkennbarer und ist bereits durch Sintenis mittelst der Unterscheidung der mittelbaren und unmittelbaren Verletzung der Person vollkommen richtig wiedergegeben.

Die Person kann verletzt werden in dem, was sie ist, d. i. unmittelbar. Hier greift die act. injuriarum in ihrer ursprünglich ausschließlichen Function: die abstracte Injurienklage, wie ich sie nennen will, Platz. Die Person kann verletzt werden in dem, was sie hat — hier findet die Klage in ihrer spätern oder suppletorischen Function: die concrete Injurienklage statt.

In dem, was sie ist, wird die Person verletzt: in ihrem Körper (thätliche Mißhandlung), in ihrer Freiheit (thatsächliche Beraubung — bei den Römern auch frivole Bestreitung der Freiheit), in ihrer Ehre.

In dem, was sie hat, wird die Person angegriffen in ihren Beziehungen zur Außenwelt d. h. in allen Verhältnissen, die nicht mit ihr selber gegeben sind. Es ist die äußere Peripherie der Person im Gegensatz zum Centrum, das sie selber darstellt. Dahin gehören vor allem S. 181.
ihre Verhältnisse zu den Sachen, welcher Art dieselben auch seien: Eigenthum, Besitz, Detention, die jura in re, das Recht auf Benutzung der res publicae und res religiosae. Sodann ihre Beziehungen zu anderen Personen: die Obli-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. gationen und Familienverhältnisse, und endlich diejenigen Rechte, für welche die römische Systematik, weil sie den Römern unbekannt waren, keine entsprechende Form darbietet, und die man als Rechte an immateriellen Gütern bezeichnet hat[18]), z. B. das Urheberrecht, das Recht an Namen und Zeichen, eine Bezeichnung, die vom ökonomischen Standpunkte aus ganz zutreffend ist, die ich aber seiner Zeit durch eine andere zu ersetzen gedenke.

Diese mittelbaren Verletzungen der Person bilden nun bekanntlich den Gegenstand besonderer, je nach Verschiedenheit der Rechte und der Art der Verletzung eigenthümlich gestalteter Klagen, und wir gewinnen damit den Gegensatz zwischen der abstracten Injurienklage, welche die unmittelbare, und sämmtlichen übrigen Klagen, welche die mittelbare Verletzung der Person zu ihrem Grunde haben.

Mit ihnen concurrirt nun unter gewissen Voraussetzungen die concrete Injurienklage. Auch sie hat zu ihrem Grunde eine mittelbare Verletzung der Person. Durch dieses Moment hebt sie sich von der abstracten Injurienklage ganz scharf und bestimmt ab, nicht bloß begrifflich, sondern auch processualisch — für letztere bedarf es nur der Bezugnahme auf die Person selber, für jene dagegen der Namhaftmachung des concreten Verhältnisses. Um so schwieriger ist aber ihre Unterscheidung von allen anderen Klagen, mit denen sie das letztere Moment theilt. Der äußere Thatbestand: Eingriff in die Rechtssphäre der Person ist bei
S. 182. ihnen ganz derselbe. Der Unterschied kann also nur in dem inneren Moment liegen, letzteres muß bei ihr ebenso geartet sein, wie bei der abstracten Injurienklage, sonst hätten beide sich nicht auf eine Linie stellen lassen. Aber eben darin liegt die Schwierigkeit. Versuchen wir, ob es uns gelingt, sie zu

18) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 3 Buch 3.

lösen d. h. das innere Moment bei unserer Klage so scharf zu bestimmen, daß sie sich von allen andern Klagen ganz genau unterscheiden läßt. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Wir beginnen mit der Hervorhebung des Moments der rechtswidrigen Absicht. Dadurch scheiden zunächst sämmtliche Fälle des s. g. unbefangenen oder objectiven Unrechts, wie ich es nenne, aus, also die in rem actiones und die actiones in personam aus Verkehrsobligationen im Gegensatz der Delictsobligationen, und von letzteren die bloß durch culpa bedingten z. B. die act. legis Aquiliae.

Aber auch bei ihnen kann sich das Moment der bewußten Rechtswidrigkeit hinzugesellen. Der Besitzer meiner Sache kann mir wissentlich dieselbe vorenthalten, der Schuldner wissentlich die Schuld in Abrede nehmen, ein Dritter wissentlich und mit Absicht meine Sache beschädigen oder vernichten. Begehen dieselben damit eine Injurie in dem obigen Sinne? Wäre das bloße Moment der bewußten Rechtswidrigkeit genügend, so müßte die Frage bejaht werden — jedes bewußte Unrecht, nicht bloß dasjenige, welches den Thatbestand besonderer Delictsbegriffe (furtum, rapina, dolus), sondern auch das accessorische in den obigen Verhältnissen würde unter dieser Voraussetzung eine Injurie in sich schließen, und dies ist in der That die Ansicht von Walter und Windscheid (s. oben S. 244 u. S. 247). Beide nehmen als möglich an, daß eine und dieselbe rechtswidrige Handlung unter die Kategorie einer Injurie und eines andern Vergehens fallen könne, nur daß in dem Fall die Strafe des letzteren eintrete. Ich habe mich bereits oben gegen diese Ansicht ausgesprochen und mir dort vorbehalten, die Quellenäußerungen, welche sie an- S. 183. geblich unterstützen sollen, später einer Prüfung zu unterwerfen, was nunmehr geschehen soll.

Von den Quellenstellen, welche Windscheid (a. a. O. § 472 Anm. 1) anführt, können, da die meisten derselben

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. von einer abstracten Injurie im obigen Sinne sprechen [19]), nur folgende zwei in Betracht kommen, welche den Schein erregen, als ob in einem Falle, wo äußerlich der Thatbestand des Diebstahls oder des Raubes vorliegt, von den römischen Juristen eine Injurie angenommen wurde. Zunächst die l. 15 § 31 de inj. (47. 10):

Si quis bona alicujus vel rem unam per injuriam occupaverit, injuriarum actione tenetuv.

Man könnte in dieser einseitigen Aneignung der fremden Sachen den Thatbestand des Raubes erblicken [20]). Läge er in Wirklichkeit vor, so würde dadurch jedenfalls die Behauptung von Walter und Windscheid, daß bei einer Concurrenz des Injurien- und eines andern Verbrechensbegriffes die act. injur. ausgeschlossen sei, widerlegt sein. In Wirklichkeit liegt aber nach Ansicht der Juristen ein Raub hier nicht vor, wie sich daraus ergibt, daß er den Verletzten ausschließlich auf die Injurienklage verweist. Warum nimmt er keinen Raub an? Ich antworte darauf mit der Frage: enthält jede widerrechtliche Aneignung der fremden Sache einen Raub? Die Antwort lautet: sicherlich nicht! Es kann S. 184. zunächst fehlen das beim Raube wie beim Diebstahl gleichmäßig erforderliche Motiv des „lucri faciendi causa", während eine Gewalt gegen die Person vorliegt. So, wenn der Akt zum Zweck der Sebsthülfe geschieht [21]), wo er sogar aus-

19) Es sind die l. 5 § 2—5, l. 11 § 9, l. 12, l. 13 § 3, 7, l. 15 pr. § 31, 3, l. 19, l. 20, l. 24 de inj. (47. 10) l. 8 pr. de rel. (11. 7) l. 1 § 38 Dep. (16. 3), l. 25 de act. emt. (19. 1) l. 1 § 8 de insp. ventr. (25, 4).

20) Bei der oben mit citirten l. 20 ibid.: si injuriae faciendae gratia Seji domum absentis debitoris signasset sine auctoritate ejus, qui concedendi jus potestatemve habuit, injuriarum actione tenetur ist selbst der Schein eines Raubes ausgeschlossen.

21) l. 2 § 18 Vi bon. (47. 8). Si quis igitur rem suam rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed alias multabitur. Ebensowenig gaben die römischen Juristen unter der gleichen Voraussetzung

nahmsweise berechtigt sein kann (l. 10 § 16 quae in fr. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
cred. 42. 8: Si debitorem . . consecutus essem fugientem . . . et abstulissem ei id quod mihi debeatur) oder wenn Jemand dem Andern nur vorübergehend die Sache nimmt, z. B. bei starkem Regen demselben den Schirm, in der Schlacht oder auf der Flucht ihm sein Pferd entzieht. Es kann aber auch der animus lucri faciendi vorhanden und dennoch der Raub dadurch abgeschlossen sein, daß es an dem Erforderniß der Gewalt gegen die Person fehlt, so z. B. in dem Falle, wenn Jemand die Frechheit hat, sich an der Wirthstafel der Getränke, Speisen, Cigarren eines neben ihm sitzenden Fremden zu bedienen. In allen diesen Fällen ist die Annahme eines Raubes ausgeschlossen, die „bewußte Rechtsverletzung" fällt hier ausschließlich unter den Gesichtspunkt der Injurie.

Einen andern, aber noch viel weniger plausibeln Anhaltspunkt für die obige Ansicht giebt die l. 21 § 7 de furt. (47, 2): Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? qua actione tenetur? Utique injuriarum aut de vi ac- S. 185.
cusabitur, si per vim introivit.

Die Stelle sagt nicht, daß in dem Diebstahl zugleich eine Injurie liege, sie setzt ja ausdrücklich den Fall voraus, daß das Factum noch nicht vollzogen ist (nondum fur est), sie wirft lediglich die Frage auf, mit welcher Klage man ihn wegen des heimlichen Einschleichens belangen könne, und ertheilt darauf die Antwort: mit der actio injuriarum; für den Fall des gewaltsamen Eindringens (aut . . . si per

---

die act. quod metus causa, l. 12 § 2 quod met. c. (4. 2). propter naturam metus causa actionis, qui damnum exigit, quamvis negari non possit, in Juliam eum de vi incidisse et jus crediti amisisse. In Bezug auf die obige Stelle soll unten in geeignetem Zusammenhange der Nachweis erbracht werden, daß sie einen Fall der Selbsthülfe enthält: den der eigenmächtigen Aneignung von Sachen des Schuldners von Seiten der Gläubiger (ire in possessionem ohne obrigkeitliche missio).

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. vim introivit) könne er auch criminell verfolgt werden (accusabitur de vi).

Das Resultat ist: es gibt kein Quellenzeugniß, welches den Fall des Diebstahls oder Raubes unter den Gesichtspunkt der Injurie bringt. Ebenso wenig geschieht dies für den des dolus, wo der letztere Gesichtspunkt noch am ersten hätte herangezogen werden können.

Also nicht jede bewußte Rechtsverletzung enthält eine Injurie. Wo der Thatbestand eines andern Delicts vorliegt, nehmen die römischen Juristen niemals eine Injurie an. Hätten sie den Begriff der Injurie so weit gefaßt, daß auch die übrigen Delicte darunter gepaßt hätten, so hätten sie die Möglichkeit dieser doppelten Auffassung wenigstens irgend einmal erwähnen müssen, was aber nirgends geschieht, und sie hätten dann entweder dem Verletzten zwei Klagen zur Auswahl stellen oder, wenn sie ihn ausschließlich auf die übrigen Delictsklagen beschränken wollten, dies als eine positive Besonderheit ausdrücklich namhaft machen müssen. Daraus ergibt sich: in ihren Augen hat die Injurie einen besonderen Thatbestand, der sie von den übrigen Delicten abhebt.

Während nun die actio injuriarum mit den übrigen Delictsklagen niemals in elective Concurrenz tritt [22]), ist dies
S. 186 in Bezug auf die reipersekutorischen Klagen allerdings der Fall. So wird z. B. in der oben (S. 234) citirten l. 25 de act. emt. (19. 1) dem Käufer der Weinernte neben

22) Die cumulative Concurrenz derselben mit andern Delictsklagen z. B. der act. legis Aquiliae, de dolo hat mit der obigen Frage gar nichts zu schaffen, in diesem Fall handelt es sich um die Begehung zweier Delicte, von denen jedes seinen eigenthümlichen Thatbestand hat, der dasselbe zu dem andern in klaren Gegensatz stellt, man denke z. B. an den Fall, daß Jemand den Andern absichtlich mit einer schmutzigen Flüssigkeit begießt, wodurch gleichmäßig die act. legis Aquiliae und die act. injur. begründet ist.

der act. injur. noch die act. ad exhibendum, und in der l. 1 § 38 Dep. (16. 3) noch die act. depositi zur Auswahl verstellt. Diese Concurrenz hat nichts Ueberraschendes, sie wiederholt sich auch in Bezug auf andere Delicte. Wenn der Beklagte bei der reivindicatio die Sache beschädigt oder zerstört hat, so steht es in dem Belieben des Klägers, ob er diesen Anspruch mittelst der act. legis Aquiliae oder mittelst der angestellten Klage verfolgen will (l. 13, 14 de R. V. 6. 1). Wäre die act. de dolo keine subsidiäre Klage, so würde für den Dolus in Contractsverhältnissen bezüglich ihrer ganz dasselbe gegolten haben. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Auch in Bezug auf diese Verhältnisse erhebt sich dieselbe Frage, die wir soeben in Bezug auf die Delicte beantwortet haben, ob die bloße Thatsache der bewußten Rechtsverletzung ausreicht, um hier neben den sonst zuständigen Klagen die act. injur. zu erzeugen. Unter dieser Voraussetzung würde letztere mit jenen ebenso concurriren, wie der oben widerlegten Ansicht zufolge im Fall eines Delicts mit den Delictsklagen. Der Deponent, Commodant, Vermiether, Käufer würden dann bei widerrechtlicher Vorenthaltung der Sache statt mit der Contractsklage mit der Injurienklage auftreten können, der Eigenthümer gegen den malae fidei possessor statt mit der reivindicatio mit der letzteren, und S. 187. selbst alle anderen in rem actiones und auch die Besitzesklagen würden bei Verhandensein der obigen Voraussetzung durch sie ersetzt werden können — eine Consequenz, die man sich nur zu vergegenwärtigen braucht, um auch in dieser Richtung den Satz, daß jede bewußte Rechtsverletzung die Injurienklage erzeuge, abzulehnen. Die Injurienklage wäre unter dieser Voraussetzung die ganz generelle Klage für jedes bewußte Unrecht geworden, sie hätte alle reipersekutorischen Klagen zu ersetzen vermocht.

Nirgends aber wird sie bei diesen Verhältnissen von den römischen Juristen als möglich erwähnt, der Gedanke, den Walter zuerst ausgesprochen hat, und der dann von An-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. dern, wie Wening-Ingenheim und Windscheid aufgenommen worden ist, daß „in jeder Rechtsverletzung ein Angriff auf die existimatio, eine Injurie" liege, ist den römischen Juristen gänzlich fremd, nach ihrer Auffassung muß zu dem Moment der bewußten Rechtswidrigkeit noch ein anderes hinzukommen.

Daß dasselbe abstract als animus injuriandi zu bezeichnen ist, kann nicht Gegenstand des Zweifels sein. Aber damit ist sehr wenig gewonnen, es bedarf vielmehr einer so genauen Specialisirung des animus injuriandi, daß derselbe nicht alle bewußten Rechtsverletzungen umfaßt, sondern nur diejenigen, für welche die römischen Juristen die act. injuriarum Platz greifen lassen. Letztere selber geben uns dafür nicht den mindesten Anhaltspunkt, nirgends findet sich bei ihnen der Versuch, den animus injuriandi genauer zu bestimmen, vielfach erwähnen sie ihn gar nicht, sie erachten, um ihn anzunehmen, den bloßen äußeren Thatbestand als ausreichend, und wo sie ihn ausdrücklich betonen, geschieht es ohne den Nachweis, worin denn das persönlich Verletzende
S. 188. der Rechtsverletzung gefunden werden könne, kurz sie operiren mit einer Anschauung, die sie nicht für nöthig halten begrifflich festzustellen. Um uns der letzteren zu bemächtigen, bleibt uns also nichts übrig, als die einzelnen Fälle ins Auge zu fassen und uns des Abweichenden der bei ihnen vorgenommenen Rechtsverletzungen von den sonstigen bewußt zu werden.

Zunächst könnte man auf den Gedanken verfallen, das unterscheidende Merkmal in dem Moment zu erblicken, welches die drei Delicte, die hier allein in Frage kommen: Diebstahl, Raub, Betrug, von der Injurie abhebt: in der Gewinnsucht (animus lucri faciendi). Der Dieb, Räuber, Betrüger suchen sich auf Kosten des Gegners einen vermögensrechtlichen Vortheil anzueignen. Bei demjenigen, der einem Andern untersagt, sich des öffentlichen Weges, Bades u. s. w.

zu bedienen, (l. 13 § 7 de injur. . . in publicum lavare XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
vel in cavea publica sedere, conversari, l. 2 § 9 Ne quid in loc. publ. 43. 8: in mari piscari aut navigari . . in campo publico ludere . . in theatro spectare) oder sich seiner Sachen zu bedienen (l. 13 § 7 cit. re mea uti), seinen Sklaven zu verkaufen (l. 24 ibid.), oder bei demjenigen, der das bei ihm deponirte Testament entsiegelt und Andern vorliest (l. 1 § 38 Depos. 16. 3, l. 41 pr. ad leg. Aq. 9. 2), ist dies nicht der Fall. Aber in einigen anderen der in den Quellen genannten Fälle ist der animus lucri faciendi in der That vorhanden. Wer dem Käufer die tradirte, aber von ihm noch nicht abgeholte Sache vorenthält (l. 25 de act. emt 19. 1), dem ist es darum zu thun, sich dieselbe anzueignen, nicht minder demjenigen: qui bona alicujus vel unam rem per injuriam occupaverit (l. 15 § 31 de injur.), und ebenso dem Gläubiger, der in Abwesenheit des Schuldners ohne obrigkeitliche Ermächtigung dessen Haus mit Beschlag belegt (l. 20 ibid. domum signasset). Andere in den Quellen nicht genannte Fälle, in denen zweifellos die act. injur. die S. 189.
einzig zuständige Klage sein würde, sind folgende. Bei der öffentlichen Wirthstafel schenkt Jemand sich von dem Wein eines neben ihm sitzenden Gastes ein, nimmt dessen Cigarren; da es nicht heimlich und nicht mit Gewalt gegen die Person geschieht, so würde nach römischem Rechte die act. furti und vi bonorum ausgeschlossen, die act. injur. also die einzig mögliche Klage sein. Ebenso bei offener Aneignung des Gebrauchs fremder Sachen im eignen Interesse. Bei starkem Regen entreißt Jemand einem Andern auf der Straße seinen Schirm, beim Verlassen des Balles nimmt er, da er den eigenen Ueberzieher nicht finden kann, den eines Andern, steigt, da sein Wagen noch nicht da ist, in den von einem Andern bestellten, im Eisenbahncoupé oder in einem öffentlichen Lokale nimmt er den von ihm belegten Platz in Besitz, im Gasthof quartirt er sich in dessen Zimmer ein. In allen

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. diesen Fällen ist es Eigennutz, der ihn dazu bestimmt: animus lucri faciendi, ganz so wie beim furtum rei und furtum usus, das Moment des Eigennutzes ist also nicht geeignet, die injuriöse Rechtsverletzung von den obigen drei Delicten abzuheben.

So bleibt als unterscheidendes Merkmal nur die Art der Rechtsverletzung übrig. Suchen wir uns der Eigenthümlichkeit derselben bewußt zu werdeu.

Sie läßt sich mit einem Worte wiedergeben: bei der injuriösen Rechtsverletzung tritt der Thäter offen mit seiner Person für die Rechtsverletzung ein, bekennt sich zu demjenigen, was er gethan hat. Bei der nicht injuriösen dagegen sucht er sich den Folgen derselben zu entziehen, er scheut die Entdeckung, sucht sie möglichst zu verhindern, der Dieb dadurch, daß er den Akt heimlich vornimmt, der Betrüger, in-
S. 190. dem er die legalen Formen des Rechts beachtet, der Räuber, indem er darauf rechnet, daß er unerkannt geblieben ist, im entgegengesetzten Falle dadurch, daß er der Berührung mit der Justiz ausweicht. Kurz alle diese Personen fürchten das Recht, sie suchen sich den nachtheiligen Folgen ihrer Handlung zu entziehen, keine von ihnen wird so thöricht sein zu sagen: ich habe gestohlen, betrogen, geraubt, sie flüchten sich vor dem Recht, keine von ihnen tritt mit ihrer Person für die Rechtsverletzung ein, die sie verübt hat. Aber der injuriöse Rechtsverletzer, wie ich ihn nennen will, thut dies, er fürchtet das Recht nicht, er bietet demselben offenen Hohn. Alle injuriösen Rechtsverletzungen erfolgen, wie unten dargelegt werden wird, unter Umständen, wo das Recht des Andern zweifellos ist, offen mit Füßen getreten wird. Gerade darin liegt das persönlich Verletzende, welches dieser Form der Rechtsverletzung im Gegensatz zu allen andern den Stempel der Injurie aufprägt, sie beruht auf der Voraussetzung, daß der Verletzte es nicht wagen werde, für sein Recht, sei es sofort persönlich, sei es hinterher durch Be-

schreitung des Rechtsweges, in die Schranken zu treten. Das XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
Urtheil, das der Thäter über dessen Persönlichkeit damit ausspricht, lautet: Bei Dir darf ich mir dies schon „herausnehmen", Du bist der Mann darnach, um es Dir „gefallen zu lassen". Mit diesen beiden Ausdrücken: „herausnehmen und gefallen lassen" hat die Sprache den eigenthümlichen Charakter dieser Rechtsverletzung richtig getroffen. Es ist die Ueberhebung der einen Person über die andere [ὕβρις], die Mißachtung des fremden Rechts, welche auf der Supposition des Mangels an moralischem Muthe auf der andern Seite beruht: der Rechtsfeigheit. Der richtige Mann tritt für sein gutes Recht in die Schranken. Wo es zweifelhaft ist, mag er es vorziehen, dem Streit aus dem Wege zu gehen, aber wo dasselbe zweifellos und dem Andern als solches bekannt ist, darf er eine Mißachtung desselben nicht dulden, ohne sich selber in der öffentlichen Meinung S. 191.
herabzusetzen, er würde den Vorwurf auf sich laden, daß man seine Person in seinem Rechte ungestraft mit Füßen treten dürfe.

Es ist dies der Punkt, wo die Rechtsverletzung die Ehre berührt, der von mir an anderer Stelle [23]) ausgeführte Zusammenhang des Rechts mit der Persönlichkeit. „Wegwerfung seiner Rechte unter die Füße Anderer, sagt Kant [24]), enthält eine Verletzung der Pflicht des Menschen gegen sich selbst", und er folgert daraus die Maxime: „Laßt Euer Recht nicht ungeahndet von Andern mit Füßen treten — wer sich zum Wurm macht, kann nachher nicht klagen, wenn er mit Füßen getreten wird."

Damit glaube ich den injuriösen Charakter dieser Rechtsverletzungen klargestellt zu haben. Ich habe damit nur die Auffassung wiedergegeben, die in jedem, auch dem einfachsten

23) In meinem Kampf ums Recht, Aufl. 8. Wien 1886.

24) S. die Vorrede der genannten Schrift S. IX.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Menschen, der ein Gefühl seiner selbst hat, lebendig ist. Im gewöhnlichen Leben würde man eine Handlungsweise, wie die oben durch Beispiele veranschaulichte, als eine Frechheit, Dreistigkeit, Unverschämtheit bezeichnen, und damit ist das Wesen derselben im Gegensatz zu allen andern Rechtsverletzungen richtig getroffen. Niemand wird sich dieser Wendungen von dem Dieb, Räuber, Betrüger bedienen, sie finden nur auf derartige Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre Anwendung, welche eine Überhebung der einen Person über die andere und damit eine Geringschätzung der letzteren in sich schließen. Vom Standpunkt des Rechts aus könnte man die in ihnen enthaltene Auflehnung gegen die Rechtsordnung als Rechtshohn, Rechtstrotz bezeichnen, die Rechtsverletzungen selber als schnöde, frivole, injuriöse, im Ge-
S. 192. gensatz zu den gewöhnlichen, einfachen; als selbständiger Ausdruck für letztere empföhle sich Mißachtung des Rechts im Gegensatz zur Verletzung desselben.

IV. Thatbestand der injuriösen Rechtsverletzung nach Maßgabe der Quellen.

Wir wenden uns den Quellen zu, um mittelst Betrachtung der einzelnen Fälle, welche sie uns darbieten, einmal den im Bisherigen aufgestellten Begriff der injuriösen Rechtsverletzung zu beweisen und sodann ihn casuistisch zu veranschaulichen.

Ich beginne mit den Fällen, welche die l. 2 § 9 Ne quid in loc. (43. 8) und die l. 13 § 7 de injur. (47. 10) behandeln. Es verhindert Jemand den Andern: in mari piscari aut navigari, in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare — in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere, sedere, conversari — aucupari. In allen diesen Fällen handelt es sich um einen flagranten und injuriösen Eingriff in die Rechts-

sphäre des Andern. Jeder hat das Recht, sich der öffent- XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. lichen Sachen zu bedienen (das Recht des usus publicus, *δίκαιον δημοτικόν*, wie die byzantinischen Juristen es nannten[25]), für eine Untersagung der Ausübung desselben gibt es schlechterdings keinen Rechtsgrund, dieselbe enthält mithin eine zweifellose Verletzung der Persönlichkeit, eine Mißachtung ihrer selbst in der Mißachtung des ihr zustehenden Rechts. Darum ist hier die Injurienklage am Platz und nur sie, nicht die Interdicte wegen der res publicae. Die Rechtsverletzung, welche letztere zum Gegenstand haben, hat für Niemanden etwas persönlich Verletzendes, sie S. 193. richtet sich nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen das ganze Publikum, und von vornherein ist die Illegalität der Vornahme keineswegs außer Zweifel, da dieselbe durch die Obrigkeit verstattet werden kann[26]). Darum kann sie Gegenstand des Rechtsstreites sein, während jene Untersagung es niemals sein kann; selbst der Vorwand einer Berechtigung ist bei ihr undenkbar. Es verhält sich mit diesem Gegensatz ebenso wie mit dem zwischen Übergriffen in nachbarlichen Verhältnissen, welche möglicherweise Inhalt einer Servitut und daher Gegenstand der actio negatoria, und solchen, die es nicht sein können. Wenn mein Nachbar den über mein Grundstück führenden Weg zur öffentlichen Straße benutzt, so liegt darin keine injuriöse Rechtsverletzung, selbst dann nicht, wenn er weiß, daß ihm die Weggerechtigkeit nicht zusteht; es steht ihm frei, letztere in Anspruch zu nehmen und damit die act. injur. zurückzuschlagen und mich zur Anstellung der act. negatoria oder des interd. uti possidetis zu nöthigen. Wenn er dagegen Kehricht, Unrath auf mein Grundstück schüttet, über die Hecke oder den Zaun steigt,

---

25) S. meinen Geist des R. R. III 1 S. 349 (Aufl. 3).

26) l. 2 pr. Ne quid in loc. (43. 8) . . praeterquam quod lege, senatusconsulto, edicto decretove principum tibi concessum est. l. 2 § 16 ibid. l. 1 § 42 De aqua (43. 20).

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. um seine Enten, Hühner, Gänse wieder zu holen oder seinen Bienenschwarm zu verfolgen, so characterisirt sich diese Handlungsweise als ein injuriöser Eingriff in mein Eigenthum, die act. negatoria ist hier völlig undenkbar, denn derartige Vornahmen können nicht Gegenstand einer Servitut sein, die Behauptung des „jus mihi esse", welche er meiner Behauptung: „jus tibi non esse" entgegensetzen müßte, wäre hier ebenso abgeschmackt, als im Fall einer ertheilten Ohrfeige oder der Verunreinigung eines mir gehörigen Platzes durch einen Vorübergehenden. Was in thesi den Charakter des
S. 194. Unrechts an sich trägt, kann in hypothesi nicht Gegenstand eines Rechts**streites** sein, die Behauptung des Gegentheils von der andern Seite ist hier von vornherein ausgeschlossen, und es würde völlig sinnlos sein, hier die auf **jus esse** und **jus non esse** gestellte act. negatoria zuzulassen.

l. 8 § 6 Si serv. (8. 5). Apud Pomponium dubitatur libro 41 lectionum, an quis possit ita agere: **licere** fumum non gravem, puta ex foco in suo facere aut non facere. Et ait, magis non posse agi, sicut agi non potest: **jus esse** in suo ignem facere aut sedere aut lavare.

Ueber die Klage, welche in dem Fall Platz zu greifen hat, wenn der eine Nachbar den andern an der Vornahme solcher zweifellos berechtigten Handlungen hindert, äußert sich Ulpian nicht. Ich vermuthe, daß Pomponius hier ebenso, wie in dem Fall der l. 13 § 7 de injur. (47. 10), wo Ulpian seine Autorität für die act. injur. ausdrücklich in Bezug nimmt, sich für letztere entschieden haben würde, gerade er scheint der act. injur. seine besondere Aufmerksamkeit zugewandt zu haben.

Nur dann würde auch bei Handlungen, welche Gegenstand der Servitut sein können, die act. negat. ausgeschlossen sein, wenn der Nachbar ein **Recht** dazu gar nicht in Anspruch nimmt. Hier würde es absurd sein, den Richter zu

einem Ausspruch über das „jus esse“ zu veranlassen, da das- XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
selbe von der gegnerischen Seite nicht behauptet wird, hier wäre vielmehr, von dem interd. uti possidetis (Nr. V) abgesehen, die act. injuriarum die zutreffende Klage, da es sich um einen Eingriff in unsere Rechtssphäre handelt, den der Gegner selber als solchen anerkennt: um eine *schnöde, injuriöse* Mißachtung unseres Rechts.

Von einem derartigen Fall handelt die oben (S. 234) in Bezug genommene l. 44 de injur. (47. 10) von Javolen. Sie enthält zwei Fälle der nachbarlichen Chikane. Der Nachbar, welcher oben wohnt, benutzt das Dach des unten wohnenden, um seinen Kehricht darauf zu werfen, Flüssigkeiten S. 195.
auszugießen, der untere revanchirt sich durch chikanöse Raucherzeugung (fumigandi causa fumum facere). Daß hier die act. negatoria nicht am Platz ist, braucht nicht bemerkt zu werden, von einem „jus esse“ zu diesen Akten kann nicht die Rede sein, und ich kann der Behauptung von A. *Pernice* (Marcus Antistius Labeo B. II S. 9): daß „erst Aristo wegen derartiger Uebergriffe die act. negat. zugelassen habe“, nicht beitreten. Die l. 8 § 5 si serv. vind. (8, 5), auf welche er für diese Behauptung Bezug nimmt, spricht nur von solchen Vornahmen, welche den Inhalt einer Servitut bilden können, d. h. durch das Interesse der *Bewirthschaftung des Grundstücks* geboten sind. Zum Betrieb der in der Stelle zuerst erwähnten „taberna casearia“ gehört die das gewöhnliche Maß (l. 6 § 6. ib.: fumum *non gravem*, puta ex foco) übersteigende Raucherzeugung; ohne diese Servitut ist dieser Betrieb unmöglich. Ebenso gehört zu dem Betrieb des sodann erwähnten Steinbruchs, wenn derselbe an das benachbarte Grundstück grenzt, die Bestellung der Servitut: „jus mihi esse in meo lapidem caedere, ut in tuum fundum fragmenta cadant“, sonst ist auch dieser Betrieb unmöglich. In beiden Fällen bewegt sich die Servitut innerhalb des gesetzlichen Rahmens (servitus

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. *fundo* utilis esse debet), diese *bestimmte* Art der wirthschaftlichen Verwerthung des fundus ist ohne sie unmöglich. Unter denselben Gesichtspunkt fällt die Möglichkeit der Bestellung der Servitut in dem dritten dort erwähnten Fall: des „*immittere* aquam vel quid aliud“. Eine Ableitung des Wassers, des Unraths (servitus cloacae — l. 7 de serv. 8. 1: jus cloacae *immittendae* servitus est) das Einfügen des tignum in das fremde Gebäude (servitus tigni *immittendi*) kann durch die Lage, Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks geboten sein; in allen diesen Fällen
S. 196. handelt es sich nicht um ein *manuelles*, sondern um ein durch *sachliche* Vorrichtungen (Anstalten) vermitteltes, dem obigen Erforderniß entsprechendes immittere.

Ganz anders dagegen verhält es sich mit dem Hinauswerfen von Unrath, Abfällen, Kehricht auf das Grundstück oder, wie im Fall der obigen Stelle, auf das Dach des Nachbarn. Um eine darauf gerichtete Servitut für zulässig zu erklären, hätten die römischen Juristen ihre sonst so streng durchgeführten Grundsätze über die Erfordernisse der Prädialservitut: die utilitas und die perpetua causa verläugnen müssen. Eine derartige Prädialservitut war ebenso wenig möglich wie nach l. 8 pr. de serv. (8. 1) die: „ut pomum decerpere, ut spatiari, ut coenare in alieno possimus“, oder die in l. 28 de S. P. U. (8. 2) erwähnte auf Abführung des Spülwassers (Gossensteinsservitut). Das Argument, mit dem der Jurist die letztere zurückweist: neque enim perpetuam causam habet, quod *manu* fit, würde allein schon ausgereicht haben, um eine Servitut von dem obigen Inhalt: Kehricht u. s. w. auf das Dach des Nachbarn zu werfen, auszuschließen, von dem mangelnden Erforderniß der utilitas für den *fundus* gänzlich abgesehen. Die act. negatoria, welche die Behauptung des „jus esse“ auf der andern Seite als möglich voraussetzt, war ebendarum in den Fällen der l. 44 de injur. ausgeschlossen, und Aristo konnte

sie nicht erst zulassen und hat sie auch nicht zugelassen, der XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
einzig zutreffende Gesichtspunkt war der von Javolen in der Stelle aufgestellte der **Injurie**: des im Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit vorgenommenen, keiner rechtlichen Begründung fähigen offenen Eingriffs in die fremde Eigenthumssphäre.

Ganz ebenso verhält es sich mit dem zweiten Fall der Stelle: dem fumum facere superioris vicini fumigandi causa. Eine durch wirthschaftliche Zwecke gebotene, das gewöhnliche Maß nicht übersteigende Raucherzeugung („fumum **non** gravem facere") ist erlaubt, die Ueberschreitung dieses S. 197.
Maßes, wie sie durch den Betrieb einer Fabrik z. B. der im Fall der l. 8 § 5 cit. erwähnten taberna casearia nöthig werden kann, setzt eine darauf gerichtete Servitut voraus, in welchem Falle letztere, wie die Römer es verlangen, einem **wirthschaftlichen** Interesse dient. Der Fall der l. 44 dagegen liegt ganz anders, hier geschieht die Raucherzeugung „fumigandi vicini causa" d. h. nicht eines wirthschaftlichen Zweckes wegen, sondern lediglich aus Chikane — ein ähnlicher Fall, wie der in einer Abhandlung von **Werenberg** in diesen Jahrbüchern VI, 1 S. 4 mitgetheilte, wo der Besitzer einer an den Speisesaal eines Gastwirthes stoßenden Mistkuhle täglich um die Speisestunde dieselbe umrühren ließ, um den Nachbar zum Ankauf seines Grundstückes zu nöthigen. Durch den Zusatz: fumigandi vicini causa schließt **Javolen** die Vornahme der Raucherzeugung für einen wirthschaftlichen Zweck aus, und er betont dies noch ausdrücklich, indem er seine Ansicht, daß hier die act. injur. Platz greife, durch den Zusatz rechtfertigt: „si tamen injuriae faciendae causa immittitur". Auch wegen eines derartigen „immittere" würde mithin die act. negatoria ausgeschlossen sein, es würde sinnlos sein, die Berechtigung einer Raucherzeugung, die den Umständen nach keine weitere Deutung zuläßt, als daß sie lediglich zur Chikane geschieht, erst noch zum Gegenstand der

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. richterlichen Prüfung zu machen und dem Gegner den Einwand des jus mihi esse offen zu lassen. Auf diese Idee kann nur derjenige verfallen, der dem Eigenthümer auf Grund der vermeintlichen absoluten Unbeschränktheit des Eigenthums die Befugniß zugesteht, auf seinem Grund und Boden alles zu thun, was er Lust hat. Unter dieser Voraussetzung wäre auch der Eigenthümer der Mistkuhle im obigen Falle vollkommen berechtigt gewesen, sie täglich umrühren zu lassen.
S. 198. Der Gesichtspunkt, der über die Befugnisse des Eigenthümers im nachbarlichen Verhältniß entscheidet, ist das wirthschaftliche Interesse, und diesen Gesichtspunkt haben die römischen Juristen auch bei Erweiterung dieser Befugnisse in Form der Prädialservitut festgehalten — Servituten ohne wirthschaftlichen Werth sind rechtlich nicht möglich, selbst dann nicht, wenn sie für denjenigen, der sie sich bestellen lassen wollte, einen noch so hohen Werth haben würden z. B. auf die gesammte Obsternte vom benachbarten Grundstücke, geschweige in dem Falle, wo sie gänzlich werthlos sind, wo sie also nur der bloßen Laune dienen würden. Die Undenkbarkeit der Bestellung einer Servitut in den beiden obigen Fällen bedarf daher keiner weiteren Bemerkung, und ebensowenig die daran sich reihende Folge, daß die Erhebung der act. negatoria in beiden Fällen ausgeschlossen ist, daß mithin ein Schutz gegen derartige Eingriffe nach römischem Rechte nur mittelst der act. injur. zu erreichen war.

Die obige Stelle giebt noch zu einer nicht unwichtigen Frage Anlaß. Javolenus rechtfertigt die letztere Klage mit dem Zusatz: „si tamen injuriae faciendae causa immittitur". Heißt dies: wenn oder vorausgesetzt daß auf der andern Seite der animus injuriandi vorliegt, oder: da ja, in Erwägung daß? Meiner Ansicht nach das letztere. Hätte der Jurist diesen Zusatz als Bedingung gedacht, so hätte er damit die Möglichkeit eingeräumt, daß der obere Nachbar Kehricht, Unrath u. s. w. auf das Dach werfen

dürfe, ohne sich damit einer Rechtsverletzung schuldig zu machen, letzterer hätte sich mit der Ausflucht decken können, daß es nicht „injuriae faciendae" geschehe, sondern um die Sachen in bequemster Weise los zu werden, und sein Gegner hätte erst den regelmäßig kaum zu beschaffenden Beweis des animus injuriandi erbringen müssen — die Klage, die der Jurist mit der einen Hand gegeben hätte, wäre dadurch mit der andern wieder zurückgenommen worden. Mit demselben Recht hätten die römischen Juristen in allen andern Fällen für die act. injur. den bloßen äußern Thatbestand als nicht ausreichend erklären und erst noch den Nachweis des animus injuriandi verlangen müssen, im Fall der l. 25 de act. emt. (19. 1) z. B. hätte vom Käufer erst noch bewiesen werden müssen, daß der Verkäufer ihm die verkaufte und tradirte Sache injuriae faciendae causa vorenthalte, in den Fällen der l. 15 § 31 l. 20 de injur. (47. 10), daß es dem Beklagten nicht bloß darauf angekommen sei, die Sachen des Klägers einfach in Besitz zu nehmen oder mit Beschlag zu belegen, sondern daß er ihn damit persönlich habe kränken wollen. Bei keinem dieser und der übrigen Fälle erwähnen die Juristen dies Erforderniß, nur bei Gelegenheit der Verlesung des deponirten Testaments von Seiten des Depositars in l. 41 ad leg. Aquil. (9. 2) hebt Ulpian dasselbe hervor: „si injuriae faciendae causa secreta judiciorum publicavit", während derselbe Jurist in l. 1 § 38 Depos. (16. 3) die bloße Thatsache: si hoc animo recitatum testamentum est, quibusdam praesentibus, ut judicia secreta ejus, qui testatus est, divulgarentur für ausreichend erklärt. Ulpian setzt damit den Fall als möglich, daß der Depositar das Testament ohne diese Absicht verlesen kann. Wie er sich den Fall gedacht hat, vermag ich nicht zu bestimmen. Man sollte sagen, daß die Verlesung des Testaments — ob wir uns dasselbe als versiegelt oder unversiegelt zu denken haben, wird nicht gesagt, im ersten Falle würde noch

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
S. 199.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. das Erbrechen desselben hinzukommen — daß also diese Verlesung stets einen Vertrauensbruch, eine Indiscretion der ärgsten Art in sich schließe. Die **Absicht**, den Inhalt des Testaments unter die Leute zu bringen, kann dafür nichts verschlagen, denn der Depositar muß sich sagen, daß diese
S. 200. Folge eintreten **kann**, und daß selbst, wenn sie nicht eintritt, ihm jedenfalls die Befugniß nicht zustand, den Inhalt des Testaments andern Personen mitzutheilen. Ich kann mir nur einen einzigen Fall denken, in dem der Depositar dazu berechtigt war, wenn es sich nämlich um einen bloßen Testamentsentwurf handelte, über dessen Fassung der Depositar mit Zustimmung des Testators die geeigneten Personen consultirte. Einen Fall aus dem heutigen Leben, für den die Unterscheidung von Ulpian vollkommen zutrifft, bietet das Erbrechen oder Lesen des an einen Andern gerichteten Briefes oder einer Depesche. Die Umstände können der Art sein, z. B. bei schwerer Krankheit oder Abwesenheit des Adressaten, daß dritte Personen, z. B. der Arzt, ein Freund, im Interesse desselben sich gedrungen fühlen können, den Brief oder die Depesche zu erbrechen, um ihm je nach Umständen den Inhalt mitzutheilen oder vorzuenthalten. Abgesehen davon, also z. B. wenn ein Postbeamter oder ein Dritter den Brief erbricht, den in meinem Zimmer offen daliegenden Brief liest, würde darin stets eine injuriöse Rechtsverletzung liegen, und im Fall eines Geldinteresses würde mit der act. injuriarum noch die act. doli concurriren, so z. B. wenn ein Geschäftsconcurrent die für mich bestimmte Depesche mit den neuesten Börsennotirungen abfängt und ausnutzt, wie es nicht selten vorgekommen ist. In solchen Fällen noch den animus injuriae faciendae zum Beweise verstellen wollen, würde geradezu abgeschmackt sein, er liegt in der Thatsache eben so offen vor, wie im Falle einer Ohrfeige. Der äußere Thatbestand der injuriösen Rechtsverletzung schließt den animus injuriae faciendae von selbst in sich; wer, aus welchem Mo-

tiv immerhin es auch sei: ob aus Neugierde, Gewinnsucht, Ueberhebung, Geringschätzung des Gegners, sich ihrer schuldig macht, muß sich sagen, daß er sich damit etwas herausnimmt, was der Andere sich nicht gefallen lassen wird. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Ich wende mich dem Fall der l. 25 de act. emti (19. 1) zu. Der Thatbestand der injuriösen Rechtsverletzung liegt hier darin, daß der Verkäufer dem Käufer die verkaufte Sache bereits tradirt hatte und ihn nunmehr an der Ausübung des von ihm selber anerkannten Eigenthums hindert. Seine Handlungsweise stellt sich mithin als eine schnöde, frivole Mißachtung des fremden Eigenthums dar. Der Fall fällt unter den Gesichtspunkt, den der Jurist in l. 13 § 7 de injur. (47. 10) aufgestellt: „si quis re mea uti me non permittat", und von dem die l. 24 ibid. einen zweiten Anwendungsfall aufführt: si quis proprium servum distrahere prohibetur. In beiden Fällen steht dem Dritten auch nicht der geringste Schein Rechtens zur Seite, der Eingriff in das fremde Eigenthum ist ein völlig flagranter. Hat der Verkäufer die Sache noch nicht tradirt, so bietet ihm das obschwebende Contractsverhältniß einen, wenn materiell auch unbegründeten, so doch formell wenigstens möglichen Grund zur Vorenthaltung der Sache dar. Selbst wenn er die Zahlung bereits erhalten hat, kann er einwenden, daß dieselbe nicht richtig, z. B. in falschen Geldstücken beschafft worden, daß ein Versehen in Bezug auf die Summe vorgekommen, daß der Termin zur Tradition noch nicht gekommen sei. Mit der beschafften Tradition fällt jeder derartige der Obligation entnommene Vorwand hinweg, der Käufer steht ihm gegenüber wie jeder Dritte, den er an der Ausübung seines Eigenthums hindert. Dadurch daß er selber letzteren als Eigenthümer anerkannt hat, unterscheidet sich dieser Fall von dem der bewußten unrechtmäßigen Vorenthaltung der fremden Sache durch den malae fidei possessor im Vindikationsproceß. Materiell begeht letzterer dieselbe Rechtswidrigkeit wie

S. 201.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. der Verkäufer im obigen Falle, aber formell nimmt die Sache dadurch eine andere Gestalt an, daß er das Eigenthum be-
S. 202. streitet; das Recht des Klägers muß erst bewiesen werden, bevor der Richter den Ausspruch fällen kann, daß Beklagter im Unrecht ist, während es dessen in jenem Falle nicht bedarf. Kurz der Widerstand ist in dem einen Falle ein formell berechtigter, im andern nicht, in letzterem ist es die nakte, offene Willkür, die sich dem Recht in den Weg stellt. Wissentliche Anmaßung eines nicht zuständigen Rechts enthält keine injuriöse Rechtsverletzung, letztere liegt nur da vor, wo die Zuständigkeit des Rechts gar nicht Gegenstand des Streites sein kann. Gegen den Nachbar, der wissentlich sich eine ihm nicht zustehende Wegservitut über mein Grundstück anmaßt, kann ich nicht mit der act. injuriarum klagen, gegen den Nachbar, der offen einräumt, daß sie ihm nicht zusteht, und dennoch über mein Grundstück geht, oder der Handlungen auf demselben vornimmt, welche gar nicht Inhalt einer Servitut bilden können (S. 270), kann ich mich nur der letzteren Klage bedienen, die act. negatoria würde sinnlos sein, da eine Untersuchung des Richters über das „jus esse" nicht Platz greifen kann, wo ein jus von der anderen Seite sei es nicht behauptet wird, sei es nicht behauptet werden kann.

Bei beweglichen Sachen erleidet der Satz, den Ulpian in l. 13 § 7 cit. aufgestelt: si quis re mea uti me non permittat, injuriarum actione conveniri potest, keine Beschränkung, ein Prohibitionsrecht des Nichteigenthümers gegen den Eigenthümer ist bei ihnen undenkbar, und die beiden Beispiele, welche unsere Quellen in den oben citirten Stellen anführen, betreffen bewegliche Sache (l. 25 cit: rem suam tollere, l. 24: proprium servum distrahere). Aber für unbewegliche Sachen trifft der Satz in jener Allgemeinheit nicht zu, im nachbarlichen Verhältnisse giebt es Prohibitionsrechte des Nichteigenthümers gegen den Eigenthümer: die negativen Servituten, und dadurch wird für die unbe-

weglichen Sachen möglich, was für die beweglichen undenkbar ist: ein Streit über das Dasein eines solchen Prohibitionsrechts in Gestalt der act. negatoria und des interd. uti possidetis. In Bezug auf das letztere Rechtsmittel bedient sich der Jurist derselben Wendung wie für die act. injur.: si quis prohibeatur qualiter velit suo uti, ohne der Möglichkeit der act. injur. in diesem Falle zu gedenken. Ob letztere damit hat ausgeschlossen werden sollen, wird unten bei Gelegenheit der Besitzstörungen untersucht werden, hier genügt die Bemerkung, daß der Schutz des besitzenden Eigenthümers gegen Eingriffe in seine Eigenthumssphäre bei den beweglichen Sachen sich auf die act. injuriarum beschränkt, womit im Fall der l. 25 cit. (si rem tollere prohibeatur) die act. ad exhibendum concurrirt. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. S. 203.

Warum nennt der Jurist neben der act. injur. in der l. 25 cit. nur die act. ad exhibendum, nicht auch das interd. utrubi? Nachdem der Verkäufer die Sache tradirt hatte, war der Käufer nach den Grundsätzen über die accessio possessionis berechtigt, dasselbe anzustellen, juristisch war er derjenige, bei dem die Sache „majore parte anni fuit“ und mithin zum „ducere“ (tollere) berechtigt (l. 1 pr. de utrubi 43. 31). Aber eben weil dies völlig zweifellos war, konnte das Interdict nicht Platz greifen, es wäre sinnlos gewesen, den Richter noch zu einer Untersuchung über das Dasein der Voraussetzungen des Interdikts aufzufordern, ganz so sinnlos, wie gegen einen Gegner, der das Eigenthum oder den persönlichen Anspruch des Klägers einräumte, ohne eine exceptio entgegenzusetzen, eine reivindicatio oder actio in personam, oder im Fall nachbarlicher Eingriffe, die gar nicht Gegenstand eines „jus esse“ sein konnten, eine actio negatoria einzuleiten, — einer Untersuchung durch den judex bedurfte es in allen diesen Fällen nicht, die Sache war von vornherein klar.

Die einzige Klage, welche im Fall der l. 25 cit. noch in Frage kommen konnte, war die act. exhibendum. Gerade S. 204.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. sie war das zuständige Rechtsmittel für den hier vorliegenden Fall der grundlosen Vorenthaltung einer fremden Sache[27]). Im ältesten Recht war dies meiner Ansicht nach ihre ausschließliche Bestimmung[28]), im neueren Recht hat

27) S. die Beispiele in l. 3 de pign. act. (13. 7) l. 4, l. 5 pr. § 2, 3—5, l. 12 § 3 ad exh. (10. 4). l. 9 i. f. de J. Dot. (23. 3) l. 1 § 2 de tign. junct. (47. 3) l. 1 § 6, 32 de vi (43. 16) l. 8 § 2 Arb. furt. (47. 7) l. 11 pr. de minor. (4. 4) arg. l. 63 de leg. II (31). Einen dem im Text völlig gleichen Fall behandelt die l. 16 pr. de praesc. verb. (19. 5): Permisisti me cretam eximere de agro tuo ... si nec patiaris, me cretam tollere, tum agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exemta sit. Ob die grundlose Vorenthaltung zugleich mit eigener Aneignung des Besitzes verbunden war oder nicht, war gleichgültig; Fälle der letzteren Art in l. 5 § 3—5 ibid.

28) Ich gedenke diese Ansicht an anderer Stelle im Zusammenhang mit der eingehenden Darstellung des ältesten Eigenthumsrechts zu begründen, theile dieselbe hier aber in Kürze mit.

Das Eigenthumsrecht der Urzeit war zwiespältig gestaltet: ein meum esse ex Jure Quiritium und ein einfaches meum esse, ersteres bei res mancipi, letzteres bei res nec mancipi. Das jus Quiritium bestand in dem Recht der eigenen außergerichtlichen Verwirklichung des in solenner Weise begründeten Eigenthums, d. i. der Behauptung durch manus (manum depellere, injicere, conserere, man-cipatio, man-cipium, Symbolisirung der manus bei der mancipatio durch Ergreifen der Sache) entsprechend der außergerichtlichen manus injectio bei solenn durch Richterspruch oder nexum festgestellter Geldschuld, ein solenner Akt, von dem die Partei den Gegner vorher in Kenntniß zu setzen, und bei dem sie ihre Zeugen mitzubringen hatte, was letzterer ebenfalls zu thun hatte, wenn er Widerspruch entgegensetzen wollte. In diesem Fall verfügten sich die Parteien mit den Zeugen („suis utrisque superstitibus praesentibus“) sofort vor Gericht, und es kam zur Einleitung des Vindikationsverfahrens, welches die Legalität des außergerichtlichen Vorganges (vis, vin-dicare) zu prüfen hatte, ganz so wie die legis actio per manus injectionem die der außergerichtlich vorgenommenen manus injectio.

Der Rechtsschutz bei res nec mancipi beschränkte sich auf die Diebstahlsklagen, welche aber nicht bloß gegen den Dieb, sondern auch gegen den Hehler oder denjenigen, der rechtlich als solcher galt, gingen (act. furti concepti Gaj. IV 186: apud aliquam quaesita et inventa ... quamvis fur non sit) und auf die act. ad exhibendum im Fall grund-

sie dagegen noch eine andere erhalten, welche hier nicht in XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
Frage steht. In jener Richtung übt sie die Function der S. 205.
Injurienklage auf dem Gebiete des Eigenthums aus. Wäre S. 206.
sie dem älteren Recht nicht bereits in dieser Richtung bekannt

---

loser (nicht diebischer) Vorenthaltung. Des dominium auctoris bedurfte es bei der res nec mancipi nicht, es genügte die Tradition ex justa causa, der bonae fidei possessor war Eigenthümer, eine Eviction hatte er nicht zu fürchten, darum bedurfte es hier nicht der usucapio und der actio auctoritatis, der „usus“ und die „auctoritas“ (Haftung für Entwährung) der XII Tafeln waren auf die res mancipi beschränkt. Erst als die reivindicatio auf die res nec mancipi übertragen und damit eine Eviction auch bei ihnen ermöglicht ward, ward auch die usucapio auf sie ausgedehnt (im Zusammenhang damit steht die lex Atinia, deren Nothwendigkeit nur auf diese Weise ihre Erklärung findet) und die act. auctoritatis durch die stipulatio duplae ersetzt. Wie die rei vindicatio auf res nec mancipi, so ward jetzt auch die act. ad exh. auf res mancipi übertragen.

Aus dieser Gestalt der Sache erklären sich eine Reihe von eigenthümlichen Erscheinungen des älteren Rechts. So z. B. die den römischen Juristen selber als Räthsel erscheinende (Gaj. IV 4) Zuständigkeit der condictio furtiva neben der reivindicatio — im älteren Recht war der Eigenthümer bei res nec mancipi lediglich auf erstere beschränkt, er hatte gar keine reivindicatio, die Concurrenz beider Klagen ist das Resultat der späteren Ausgleichung des Gegensatzes, bei der die Rechtssätze und Rechtsmittel (reiv., usucapio, act. ad exhib., cond. furt.) gemeinsam wurden. Sodann die Ausschließung der reiv. beim tignum junctum — als res nec mancipi konnte letzteres gar nicht vindicirt werden, es war nur eine condictio furtiva (tignum furtivum) möglich. Sodann der Eigenthumserwerb des bonae fidei possessor an den Früchten (das „jus vetustissimum bonae fidei possessoris“ l. 12 § 8 de capt. 49. 15) — alle Früchte waren res nec mancipi, auch die Jungen der zu den res mancipi gehörenden Thiere (Gaj. II 15), dieselben fielen also nach allgemeinen Grundsätzen dem bonae fidei possessor zu, nur das Sklavenkind (partus ancillae) war res mancipi d. h. es konnte vom Eigenthümer der Mutter auch dem bonae fidei possessor evincirt werden, was in der Rücksicht auf die Mutter seinen Grund hatte („dura separatio“ l. 12 § 7 de instr. leg. 33. 7, l. 41 § 2 de leg. III 32: pietatis intuitu). Sodann das Bedürfniß der act. ad exhibendum schon im ältesten Recht (Zweck derselben war nicht das Vorweisen, sondern das Herausgeben der Sache, was aus der act. furti non exhibiti § 4 J. de obl. ex del. 4. 1 hervorgeht), die

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. gewesen, so würde man sie im neuern Recht mittelst der act. injur. vollständig haben ersetzen können, der Thatbestand, den sie voraussetzt, ist derselbe wie bei der letzteren: frivoler Eingriff in ein fremdes Recht, grundlose Vorenthaltung der dem Andern gehörigen Sache. Beispiele gewähren das Stehenlassen eines Stockes, Schirmes in einem fremden Lokale, das versehentliche Zurücklassen von Sachen bei Räumung der Miethswohnung, das Hinüberfliegen des Hutes, das Herabfallen von Sachen aus unserer Wohnung auf ein fremdes Grundstück. In allen diesen Fällen würde kein römischer Jurist das interd. utrubi, sondern nur die act. ad exhibendum oder injuriarum gegeben haben — ad exhibendum
S. 207. vel injuriarum agere poterit, si rem suam tollere prohibeatur, l. 25 cit.

Erstreckung der Diebstahlsklage auf dritte Personen (als Ersatz der rei vind.), die legislative Nothwendigkeit der lex Atinia, welche einen Satz, den die XII Tafeln bereits enthielten, nicht erst zum zweiten Male auszusprechen brauchte, vielmehr nur darin eine befriedigende Erklärung findet, daß die Bestimmung der XII Tafeln über die Ausschließung der Usucapio an gestohlenen Sachen sich lediglich auf res mancipi bezog, mit Uebertragung der usucapio auf res nec mancipi, also auch für sie ausgesprochen werden mußte. Mit diesem Dualismus des ältesten Eigenthumsrechts hängt auch der für das alte Recht, nicht bloß für das Eigenthum, sondern auch für das Erbrecht und die Vormundschaft so unendlich wichtige, bisher nicht gewürdigte Gegensatz von familia und pecunia zusammen. Der Curator hat nur Verfügungsbefugniß über die pecunia d. i. die res nec mancipi (Satz der XII Tafeln über die cura prodigi: in eo p e c u n i a q u e, nicht f a m i l i a), der Tutor über die familia im engern Sinne, d. i. die res mancipi, bei der Frau n u r über sie, bei dem Unmündigen a u ch über die pecunia, und der Satz der XII Tafeln, daß der Hausherr über die „pecunia" frei verfügen könne, hatte im d a m a l i g e n Sprachgebrauch nur die res nec mancipi zum Gegenstande. Es ist nicht zufällig, daß das Gesetz bei Gelegenheit des Intestaterbrechts familia und hier pecunia gebraucht, nur die spätere Veränderung des Sprachgebrauchs hat die römischen und unsere heutigen Juristen über den bedeutungsvollen Gegensatz beider Ausdrücke in den XII Tafeln täuschen können, die Verfasser derselben wußten sehr wohl, warum sie bald den einen, bald den andern wählten.

Dem in l. 25 cit. besprochenen Falle der formal unge- XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
rechtfertigten *Vorenthaltung* fremder Sachen stellen die l. 15 § 31 und l. 20 de injur. (47. 10) zwei Fälle der formal ungerechtfertigten *Aneignung* derselben entgegen. In beiden Fällen handelt es sich nicht um *Raub*, sondern um Akte einer illegalen *Selbsthülfe*. Zweifellos ist dies im Falle der letzteren Stelle, wo ein Gläubiger in Abwesenheit des Schuldners dessen Vermögen mit Beschlag belegt, indem er dessen Haus versiegelt: Si injuriae faciendae gratia Seji domum *absentis debitoris* signasset *sine auctoritate* ejus qui concedendi jus potestatemve habuit. In legaler Weise konnte diese Beschlagnahme erfolgen, wenn der Prätor im Fall der betrügerischen Abwesenheit des Schuldners („qui fraudationis causa latitavit“, l. 7 § 1 quib. ex caus. in poss. 42. 4) eine immissio in bona gewährt hatte. Im vorliegenden Fall setzte sich der Gläubiger über dies Erforderniß hinweg und nahm eigenmächtig die Beschlagnahme vor. Man sollte sagen, daß dieser Akt allein schon ausgereicht hätte, um eine injuriöse Rechtsverletzung anzunehmen, allein Modestin fügt in der Stelle noch die Beschränkung hinzu, daß es „injuriae faciendae gratia“ geschehen sei. Was hat er sich dabei gedacht? Entweder war sein Gedanke: die eigenmächtige Pfändung enthält an sich noch keine Injurie, man kann dem Gläubiger nicht verdenken, daß er im Falle der Abwesenheit des Schuldners, wenn sein Interesse dies mit sich bringt, für sich sorgt; nur dann liegt eine Injurie vor, wenn es dessen nicht bedurfte, da der Schuldner vollkommen solvent war, hier bleibt als Motiv für den Akt nur die Absicht übrig, den Schuldner ins Gerede zu bringen und seinen Credit zu schädigen, worin zweifellos der Thatbestand der Injurie enthalten ist (l. 15 § 33, l. 19 S. 208.
ibid). Oder aber Modestin will sagen: eine solche Versiegelung braucht gar nicht als eigenmächtige *Pfändung* im Interesse des *Gläubigers* zu geschehen, sie kann auch als Akt

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. einer negotiorum gestio d. i. als Sicherungsmaßregel im Interesse des Schuldners erfolgen. Es kann wohl nicht zweifelhaft sein, daß wir uns für die letztere Annahme zu entscheiden haben. Ob der Gläubiger bei der eigenmächtigen Pfändung die Absicht hatte, den Credit des Schuldners zu gefährden oder nicht, wer will es ihm beweisen, und wenn seine Maßregel wirklich diese Folge für den Schuldner herbeigeführt hat, soll das Recht diesen dagegen ohne Hülfe lassen? Unmöglich kann also Modestin den Satz haben aussprechen wollen: eigenmächtige Pfändungen des Gläubigers in Abwesenheit des Schuldners sind erlaubt, wenn sie lediglich zum Zweck der Sicherstellung erfolgen, damit würde er sich in Widerspruch mit dem Edict gesetzt haben, welches dieselbe an die Voraussetzungen des „latitare fraudationis causa“ und der obrigkeitlich ertheilten immissio in bona knüpft. Und damit würden auch die Compilatoren mit sich selber in Widerspruch gerathen sein, denn in der oben citirten zweiten Stelle gewähren sie die act. injuriarum schlechthin für den Fall: „si quis bona alicujus vel rem unam per injuriam occupaverit“. Daß hier nicht an den Fall des Raubes zu denken ist, bedarf nicht der Bemerkung. Entgegengesetzten Falls hätte der Jurist die act. vi bonorum, nicht die act. injuriarum nennen müssen. Auch hier ist also nur an den Fall der Sebsthülfe zu denken und zwar an den der eigenmächtigen Pfändung („venire in possessionem l. 1 § 3, l. 3 § 3 Ne vis fiat 43. 4. „ire in poss. l. 7 pr. damn. inf. 39. 2). Mit „per injuriam“ wehrt der Jurist die Voraussetzung der obrigkeitlichen Ermächtigung durch missio in possessionem ab, der Zusatz hat denselben Sinn, wie der von
S. 209. Modestin: sine auctoritate ejus, qui concedendi jus potestatemve habuit. Mit dem Gegensatz „bona vel unam rem“ zielt er auf die immissio in bona und in rem (l. 1 Quib. ex caus. in poss. 42. 4 . . non universorum nomine, sed rei tantum, de qua damnum timetur l. 7 § 17 ibid.:

commodius in fundum possessione mittendum quam bona ejus possideri). So erkläre ich es mir, daß der Jurist hier neben der act. injur. nicht der Besitzrechtsmittel gedenkt. Die missio in possessionem rei servandae causa in das ganze Vermögen überträgt auf den Gläubiger keinen Besitz, sondern lediglich Detention[29]) (l. 3 § 23 de poss. 41. 2: non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit l. 10 § 1 ib. non possident, sed sunt in possessione custodiae causa) ebenso die missio in das Grundstück wegen verweigerter cautio damni infecti. Die Absicht desjenigen, der ohne obrigkeitliche Ermächtigung das „ire, venire in possessionem" vornahm, war also nur auf Detention, nicht auf Besitzaneignung gerichtet, und mit Rücksicht darauf scheint sich der Jurist des Ausdrucks „occupare" statt der bei der Besitzentziehung üblichen Wendungen bedient zu haben, der Fall lag ganz so wie in der l. 20 cit. bei der Versiegelung des Hauses in Abwesenheit des Schuldners, es war eine eigenmächtige Maßregel zum Zweck der „custodia et observantia", keine Besitzentziehung. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Außer den beiden Fällen der injuriösen Vorenthaltung[30]) und der Aneignung fremder Sachen bieten die Quellen sodann noch einen dritten Fall der injuriösen Verletzung fremden Eigenthums dar, in welchem sie die actio inj. für zulässig erklären. Es ist der der l. 27 § 28 ad leg. Aq. (9. 2): Et si puerum quis castraverit et pretiosiorem S. 210.

29) Ueber die scheinbar entgegenstehenden Stellen s. Savigny, Recht des Besitzes, Aufl. 7 S. 286.

30) Unter den Gesichtspunkt der injuriösen Vorenthaltung der im fremden Eigenthum befindlichen Sache fiel auch die Weigerung des Beklagten bei der reivindicatio, der dem arbitrium de re restituenda nicht Folge leistete. Mittelst des jus jurandum in litem war es in die Hand des Eigenthümers gegeben, den Betrag der Satisfactionssumme selber zu bestimmen, die reivindicatio übte hier die Funktion der act. injuriarum aus, der Fall lag um nichts anders als der der l. 25 de act. emti.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed injuriarum erit agendum aut ex edicto Aedilium in quadruplum. Die act. legis Aquiliae war dadurch ausgeschlossen, daß hier kein damnum injuria datum vorlag, aber selbstverständlich mußte der Eigenthümer gegen derartige Eingriffe in sein Eigenthum geschützt werden, und es bewährt sich hier wiederum die Unentbehrlichkeit der act. injur. für die Vervollständigung des Eigenthumsschutzes [31]). In gesteigerter Weise macht sich dieselbe für unser heutiges Recht geltend, welches den römischen Begriff des furtum usus nicht mehr kennt. Die Benutzung fremder Sachen ohne Zustimmung des Eigenthümers begründet heutzutage kein Vergehen, das Strafrecht gewährt dagegen keinen Schutz, die act. legis Aquiliae setzt Beschädigung der Sache durch den Gebrauch, die condictio sine causa Bereicherung voraus, die regelmäßig in derartigen Fällen ganz minimal sein wird, dem Eigenthümer für die widerfahrene Rechtskränkung also keine Satisfaction gewährt. Hier ist die act. injur. unentbehrlich. Ob unser Strafgesetzbuch wohlgethan hat, den Begriff des römischen furtum usus gänzlich aufzugeben, ist mir sehr fraglich, es sind mir Fälle bekannt geworden, welche mit dem Diebstahl auf einer
S. 211. Linie stehen, beispielsweise nenne ich das in manchen Städten von Wäscherinnen gewerbsmäßig betriebene Geschäft der Verleihung der ihnen zum Waschen anvertrauten Wäsche — man kann bei ihnen geradezu auf Wäsche abonniren! Einen andern Fall, den ich selber in Wien erlebt habe, habe ich in meiner Jurisprudenz des täglichen Lebens IV 57 mitgetheilt: in Abwesenheit der Herrschaft benutzte die Kammerzofe die Toilette der Hausfrau, und erschien damit sogar in öffentlichen Lokalen

31) Analoge Fälle s. in meiner Jurisprudenz des täglichen Lebens, XVII, 1: unbefugtes Ankleben von Plakaten an unserer Mauer; für das dort erwähnte Abreißen der befugt angeklebten Plakate ist die act. injur. in anderer Weise zu begründen; XI 25: Verunreinigung uns gehöriger Plätze. In beiden Fällen liegt eine Beschädigung regelmäßig nicht vor.

und auf Bällen! Und dagegen sollte es keine Hülfe geben? XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
Wer die act. injur. heutzutage für beseitigt erklärt (s. unten N⁰. VII), muß dies zugeben.

Alle Fälle, die ich im Bisherigen betrachtet habe, fallen unter den Gesichtspunkt frivoler Eingriffe in fremdes Eigenthum. In einigen Fälle geschieht dieser Eingriff ohne, in andern Fällen mit einem äußeren Eingriff in das Besitzverhältniß des Eigenthümers, und für diese wirft sich die Frage nach dem Verhältniß der act. injur. zu dem intrd. uti possidetis auf. Ich werde diese Frage, da sie eine eingehende Erörterung erfordert, vorläufig noch aussetzen (N⁰. V), um die im Bisherigen gegebene Übersicht der Anwendungsfälle unserer Klage durch Angabe des noch erübrigenden letzten Falles abzuschließen.

Es ist der ihrer Anwendung auf obligatorische Verhältnisse. Den quellenmäßigen Anhalt für ihn gewähren die beiden oben (S. 275) bei Gelegenheit der Frage vom Erforderniß des animus injuriandi besprochenen, den Fall der Verlesung des deponirten Testaments von Seiten des Depositars behandelnden l. 1 § 38 Dep. (16. 3) und l. 41 pr. ad leg. Aq. (9. 2).

In dieser Richtung werden wir, wenn die im Bisherigen gegebene Charakteristik derselben die richtige ist, die Klage in allen Fällen zur Anwendung zu bringen haben, wo die Rechtsverletzung im obligatorischen Verhältniß eine schnöde, S. 212.
den Charakter einer persönlichen Verletzung an sich tragende Mißachtung des fremden Rechts in sich schließt. Beispiele davon habe ich an einem anderen Ort gegeben[32]): der Vermiether entzieht, um den Miether zum rechtzeitigen Zuhausekommen zu zwingen, den ihm bei Eingehung des Miethsverhältnisses übergebenen Schlüssel oder riegelt, um den Gebrauch desselben zu verhindern, die Hausthür zu, untersagt ihm das

32) Jurisprudenz des täglichen Lebens II 9, III 43, 44, 46, 47—50, IV 42.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII ihm contractlich zustehende Betreten des Gartens, den Empfang gewisser Personen, verläugnet ihn, während er zu Hause ist, der Gastwirth vermiethet das im voraus bestellte Zimmer zu einem höheren Preise einem Andern und bringt dadurch den Besteller in die größten Ungelegenheiten, das Dienstmädchen verläßt grundlos vor der Zeit den Dienst. In allen diesen Fällen ist die Rechtsverletzung eine ganz flagrante, frivole, der auch nicht der Schein eines Rechts zur Seite steht, und eben darin liegt das persönlich Verletzende. Der Thäter behandelt den Gegner als einen Mann, gegen den er sich so etwas herausnehmen darf, der ihm gegenüber es nicht wagen wird, sein gutes Recht in Anspruch zu nehmen. In manchen dieser Fälle, z. B. bei der Entziehung des Hausschlüssels, der Verschließung des Hauses, würde sich derjenige, der sich dies gefallen ließe, dem öffentlichen Gerede und dem Gespött seiner Bekannten aussetzen. Dadurch unterscheiden sich diese Fälle von den *einfachen* oder *nicht injuriösen* Verletzungen obligatorischer Rechte, z. B. der Vorenthaltung der verkauften, der verweigerten Rückgabe der vermietheten, commodirten Sache u. s. w. Geschieht dieselbe auch im vollen Bewußtsein des Unrechts, so kann letzteres sich hier doch in die *Form*
S. 213 des Rechts kleiden, es ist ein Rechtsstreit darüber möglich, ganz ebenso wie wenn der dritte Besitzer dem Eigenthümer wissentlich seine Sache vorenthält, oder der Nachbar wissentlich eine ihm nicht zuständige Servitut in Anspruch nimmt; wie in den beiden letzten Fällen der Berechtigte zur reivindicatio oder act. negatoria greifen muß, so dort zur Contractsklage, die Injurienklage ist nicht am Platz, denn sie setzt voraus, daß auch nicht einmal der Schein eines Rechts vorhanden ist. Die letztere Voraussetzung trifft allerdings auch im Fall der Vernichtung oder Beschädigung der contractlich geschuldeten Sache und des furtum rei zu, während gleichwohl die Injurienklage ausgeschlossen ist. Der Grund ist bereits oben (S. 266) angegeben. Die Handlung hat für den Berechtigten

nichts persönlich Verletzendes, sie berührt bloß sein ökonomisches Interesse, nicht seine Ehre, es liegt darin keine Verhöhnung seines Rechts, wie in den oben angegebenen Fällen. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Es hat etwas Befremdendes, daß der act. injur. in den obigen Fällen nirgends weiter gedacht wird. Ich finde den Erklärungsgrund dafür in dem Umschwung, der sich im neuen Recht mit den bonae fidei actiones vollzogen hat. Dieselben gingen ursprünglich ebenso wie die stricti juris actiones lediglich auf den Geldwerth der Leistung, die moderne Jurisprudenz stellte aber den Grundsatz auf, daß der Richter bei ihnen auch Interessen idealer Art zu berücksichtigen (affectus rationem habendam, l. 54 pr. Mand. 17. 1) d. i. wegen Verletzung derselben auf eine angemessene Satisfactionssumme zu erkennen habe[33]). Dadurch war die act. injur. bei allen contractus bonae fidei überflüssig gemacht, der Verletzte konnte mit der Contractsklage denselben Erfolg erreichen wie mittelst jener. Letzteres ergibt sich aus der l. 1 § 38 S. 214. Dep. cit., wo dem Deponenten die Wahl zwischen der act. dep. und injur. verstattet wird, ohne daß eine Verschiedenheit ihres Erfolges, wie es doch sonst nöthig gewesen wäre, angedeutet wird.

Die hier vorgetragene Ansicht von der Function der Contractsklage als Injurienklage — ein Seitenstück zu der S. 285 Note 30 nachgewiesenen der reivindicatio des neueren Rechts — erschließt uns das Verständniß einer viel behandelten, bisher aber noch nicht richtig erklärten Stelle: der l. 9 de O. et A. (44. 7) von Paulus:

> Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat.

---

33) Ich verweise des Näheren wegen auf mein Gutachten über die Gäubahn, Jahrb. XVIII No. I, oben S. 87 ff.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Ob dieses dem Sohn ausnahmsweise eingeräumte Klagrecht auf den Fall der Abwesenheit oder Verhinderung des Vaters zu beschränken ist, ist streitig [34]), für unsern Zweck kommt darauf nichts an. Mögen dem Sohn die genannten vier Klagen nur in Abwesenheit oder auch in Anwesenheit des Vaters zustehen, immer bleibt die Frage: warum nur diese vier, warum nicht auch andere — läßt sich ein Gesichtspunkt auffinden, der ihnen gemeinsam ist, und der diese Beschränkung erklärt?

Die Antworten, welche man bisher darauf ertheilt hat, sind ungenügend. Man hat den Grund darin erblicken wollen, daß „die alsbaldige Klageerhebung durch die Interessen des Kindes geboten sei". (Mandry a. a. O. S. 226.) Aber wenn dies das Motiv gewesen wäre, warum gestand man dem Haussohn nicht auch andere Klagen zu? Hat der Sohn die act. injur., warum nicht auch die condictio furtiva und act. furti, gesteht man ihm das interd. quod vi aut clam
S. 215. zu, warum nicht auch das interd. unde vi, gewährt man ihm die act. depositi und commodati, warum nicht auch die act. emti, locati und die cond. ex mutuo? In Bezug auf die Rückgabe eines vom Sohn gegebenen Darlehns wird das Interesse der alsbaldigen Klagerhebung in Abwesenheit des Vaters in l. 17 de C. R. (12. 1) ausdrücklich erwähnt, die condictio ex mutuo ihm aber gleichwohl versagt:

> Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaevola extraordinario judicio esse illi subveniendum.

Und in l. 18 § 1 de jud. (5. 1) wird ganz allgemein der Grundsatz anerkannt, daß der Haussohn im Nothfall alle Klagen als utiles anstellen könne:

---

34) S. darüber die gründlichen Ausführungen von Mandry, das gemeine Güterrecht I S. 200—227.

Nam et Juliano placet, si filiusfamilias legationis XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum injuria passus sit, posse eum utili judicio agere, ne dum pater exspectatur, impunita fiant maleficia, quia pater venturus non est vel, dum venit, se subtrahit is, qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili judicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam, quam credidit, petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia justa ex causa agat, ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit ut impune fraudem patiatur et egestate Romae laboret viatico suo non recepto, quod ad sumtum pater ei destinaverat.

Also das Bedürfniß, dem Sohn bei Abwesenheit des Vaters zu helfen, wird anerkannt, aber es geschieht nicht durch Gewährung der condictio ex mutuo, sondern mittelst eines extraordinarium judicium, während jene vier Klagen ihm als actiones directae zugestanden werden, die Annahme aber, S. 216.
daß gerade für sie ein besonders dringender Nothfall bestanden habe, hat nicht den Schein eines Grundes für sich. Liegt ein dringenderes Bedürfniß vor in Bezug auf die act. injuriarum als in Bezug auf die condictio furtiva? Ich sollte sagen: gerade umgekehrt. Ob der Sohn die Satisfactionssumme für die Injurie etwas früher oder später erhält, verschlägt sehr wenig, dagegen kann ihm die gestohlene Sache, die er für den täglichen Gebrauch oder für sein Geschäft nöthig hat, unentbehrlich sein. Liegt in Bezug auf das Commodat ein dringenderer Nothfall vor als beim Darlehn? Regelmäßig eher umgekehrt; man denke an den obigen Fall des viaticum mutuo datum. Und beim interd. quod vi aut clam ist das Bedürfniß nach schleuniger Rechtshülfe schlechterdings nicht abzusehen; für das interdictum unde vi bestand das Bedürfniß in ungleich höherem Maße, und doch wird

19*

XXIII. Jahrg Bd. XXIII. dieses ihm versagt, jenes ihm gewährt. Mit dem Nothfall ist es also Nichts!

Einen andern Grund hat man der l. 13 de O. et A. (44. 7):

In factum actiones etiam filiifamilias possunt exercere, entnehmen zu können geglaubt, und er würde erklären, warum man die genannten beiden Contractsklagen dem Haussohn zugestand, während man ihm die andern versagte, denn für letztere gab es nur eine intentio in jus concepta, für die act. depositi und commodati neben der letzteren auch eine intentio in factum concepta (Gaj. IV 47), und auch die beiden andern Klagen waren als prätorische in factum concipirt. Allein der Grund beweist zu viel. Es gab sehr viele actiones in factum, und doch wird der Haussohn auf die genannten vier beschränkt. Jener Satz ist nicht so zu verstehen: der Haussohn kann sämmtliche actiones in factum anstellen, sondern: diejenigen Klagen, welche überhaupt vom
S. 217. Haussohn erhoben werden können, müssen actiones in factum sein, diese Formulirung ist die unentbehrliche Voraussetzung für das Klagrecht des Haussohns, ein „jus" ist bei seiner vermögensrechtlichen Unfähigkeit in seiner Person unmöglich, ein „factum" möglich. Das „possunt" hat hier dieselbe Bedeutung, wie in l. 101 de V. O. (45. 1): puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari [35]) d. h. es ist möglich, aber nur, wenn im Übrigen die Voraussetzungen vorliegen.

Der Grund, warum dem Haussohn die genannten vier Klagen zugestanden werden, ist demnach nicht der processualischrechtliche der eigenthümlichen Formulirung derselben — letztere bildet nur die unerläßliche Voraussetzung, nicht den Grund — der Grund, warum nur sie und nicht auch

35) S. darüber meine Erklärung der Stelle in den Jahrbüchern XII S. 347 fl.

die anderen actiones in factum ihm eingeräumt wurden, XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
kann nur ein *materiellrechtlicher* gewesen sein. Meines Erachtens liegt er in dem von mir aufgestellten Gesichtspunkt der injuriösen Rechtsverletzung. Eine Injurie ist auch gegen den Haussohn möglich, denn wenn das römische Recht ihm auch die Vermögensrechtsfähigkeit ebenso wie dem Sklaven abspricht, so erkennt es ihm doch im Unterschiede von letzterem die Persönlichkeit zu. Im Haussohn wird nicht wie im Sklaven lediglich der Hausherr beleidigt, sondern zunächst er selbst — nam indignatio filii est, wie es in l. 22 pr. de inoff. (5. 2) heißt — und erst mittelbar der Vater, es steht daher beiden die act. injur. zu. Die Klagbefugniß des Haussohns war vom prätorischen Edict (l. 17 § 10 de injur.) für den Fall der Abwesenheit des Vaters ausdrücklich anerkannt; die Juristen stellten diesem Fall mit Recht den einer sonstigen Verhinderung desselben gleich (l. 17 § 11 ibid.). Nur die
Anklage aus der lex Cornelia mußte der Sohn persönlich S. 218.
erheben, während dem Vater daneben noch die „praetoria injuriarum actio“ (l. 5 § 6 ibid.) verblieb. Daß letztere auf Geld gerichtet war, stand der Erhebung derselben von Seiten des Haussohns nicht entgegen, denn das Geld bildete nicht den *Zweck* der Klage, sondern diente nur als *Mittel*, dem Beleidigten die *persönliche* Satisfaction zu gewähren.

Dieser Gesichtspunkt der dem Haussohn selber zugefügten und darum ausnahmsweise von ihm zu verfolgenden Injurie liegt auch den *drei andern* oben genannten Klagen zu Grunde, sie lassen sich kurz als *specielle* oder *angewandte* Injurienklagen charakterisiren. Auffallend ist es, daß der Jurist nicht noch die querela inofficiosi nennt, bei der, wie oben (S. 239) nachgewiesen, derselbe Gesichtspunkt Platz greift, und die der Haussohn selbst dann zu erheben berechtigt ist, wenn der Vater das Testament anerkannt hat (l. 22 pr. de inoff. 5. 2). Legte der Jurist vielleicht auf die Worte: nullam *actionem* einen solchen Nachdruck, daß dadurch die que-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. rela oder, wie sie auch bezeichnet wird, die accusatio als ausgeschlossen gelten konnte?

Wie wir die letztere Klage am angeführten Ort als erbrechtliche Injurienklage bezeichnet haben, so können wir das interd. quod vi aut clam als Injurienklage in Bezug auf das Verhältniß an Grund und Boden charakterisiren. Des juristischen Besitzes bedarf es für dasselbe nicht, es steht auch dem Detentor (Pächter) zu (l. 11 § 14, l. 12, l. 16 pr. quod vi 43. 24), und darum konnte man es auch dem Haussohn gewähren (l. 9 cit., l. 13 § 1, l. 19 quod vi), während ihm die durch juristischen Besitz bedingten Interdicte versagt bleiben mußten. Den Thatbestand des Interdicts fassen die römischen Juristen in den Gesichtspunkt des opus vi
S. 219. aut clam factum zusammen[36]), und sie erblicken darin ein Delict (facto tuo delinquentis l. 3 pr. ibid.) eine injuria (injuriam comminisci l. 1 § 2 ibid.), wofür der Anhalt darin gegeben war, daß das Interdict nicht gegen die Erben des Thäters ging und in einem Jahre verjährte (l. 15 § 3 ibid.). Allerdings ging das Interdict nicht auf Strafe, sondern nur auf einfaches restituere (quod . . . factum est, restituas l. 1 pr. ibid.), und darum befreite die Leistung von Seiten des einen Beklagten den andern (l. 15 § 2 ibid.), es verhielt sich in dieser Beziehung mit ihm ebenso wie mit der act. doli. Aber dies restituere wird unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Satisfaction erfaßt, es ist so zu sagen die reale Abbitte des begangenen Unrechts. Der vermögensrechtliche Erfolg tritt hier wie bei der querela inofficiosi hinter dem idealen zurück, und darum wird das Interdict auch dem Haussohn zugestanden. Der Beklagte hat sein Verbot nicht beachtet (vi factum), es nicht für erforderlich gehalten, von ihm Notiz zu nehmen. „Was kümmert es

36) Auf das Moment des opus im Gegensatz zu einem sonstigen vi aut clam factum werde ich unten (V) zurückkommen.

mich" — würden wir seine Gedanken wiedergeben können — XXIII. Jahrg Bd. XXIII.
„wenn ein Mann wie Du mir etwas verbietet? ich kehre mich nicht daran." Es prägt sich darin also eine Mißachtung der Persönlichkeit des Haussohns aus, und es würde ihm, wenn nicht das Interdict hier Platz griffe, die act. injur. zugestanden werden müssen.

Daß ich damit das Richtige getroffen habe, scheint mir daraus hervorzugehen, daß die frühere Jurisprudenz dem Haussohn im Fall des opus clam factum das Interdict absprach (l. 13 § 2 ibid.), denn hier lag eben diese schnöde Mißachtung des fremden Willens nicht vor. Aus gutem Grunde dehnte aber die spätere Jurisprudenz das Interdict auch auf diesen Fall aus (l. 19 ibid.), der Schutz wäre sonst ein völlig illu- S. 220.
sorischer gewesen, der Gegner hätte nur die Abwesenheit des Sohnes abzuwarten brauchen, um das Werk vorzunehmen.

Der angegebene Gesichtspunkt, den ich mit den Worten der l. 22 pr. de inoff. cit.: nam indignatio filii est wiedergeben kann, erklärt es, daß in dem Fall eines vom Sohne eingelegten Verbotes dem Sohne wie dem Vater das Interdict zugesprochen wird (l. 13 § 1), ganz ebenso wie die act. injur. im Fall einer Injurie, nur mit dem Unterschied, daß die reale Beseitigung des opus der zu erhebenden zweiten Klage das Fundament entzieht.

Ich fasse das Resultat in den Satz zusammen, daß, wenn das Interdict auch nicht alle Eigenthümlichkeiten der act. injur. theilt, und wenn auch die Ansicht von Savigny (System II § 73 Note r), welcher dasselbe zu den s. g. actiones vindictam spirantes zählt, der l. 13 § 5 ibid. gegenüber schwerlich aufrecht erhalten werden kann, doch der Gesichtspunkt der Injurie im Übrigen für dasselbe zutrifft. Auf diese Weise erklärt es sich, wie der Jurist in der l. 9 cit. dasselbe auf eine Linie mit der act. injur. stellen konnte.

Auf denselben Gesichtspunkt der „indignatio filii" führe ich auch die Verleihung der act. depositi und commodati

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. an den Haussohn zurück. Das Depositum wie das Commodat gehören nicht zu den Geschäfts- oder Verkehrsverträgen, bei denen Jeder es auf seinen eigenen Vortheil abgesehen hat, sondern zu den Gefälligkeits- oder Freundesverträgen[37]), bei denen der Eine dem Andern eine Gefälligkeit, einen Dienst („beneficium" l. 7 § 13 Commod. 3. 6) erweist, und die daher regelmäßig nur in einem dem ent-
S. 221. sprechenden näheren persönlichen Verhältniß vorkommen. Eben darum nimmt bei ihnen die Wortbrüchigkeit einen ganz andern Charakter an, als bei jenen Verträgen, sie hat bei ihnen etwas persönlich Verletzendes. Das Vertrauen wird mit Treulosigkeit, die Freundlichkeit mit Undank[38]) gelohnt, es ist nicht bloß das ökonomische, sondern zugleich ein moralisches Interesse, das Genugthuung begehrt. Beide Klagen haben hier also die Function einer Delictsklage, nur allerdings nicht die der act. de dolo, welche lediglich auf Schadenersatz geht, sondern die der act. injur., welche dem Kläger eine Satisfaction für das ihm zugefügte Unrecht gewähren soll.

Ich schließe hiermit meine Ausführung über die injuriöse

---

37) Ueber diesen Gegensatz siehe meinen Zweck im Rechte Bd. 1 Aufl. 1 S. 107 fl., Aufl. 2 S. 100 fl.

38) Betonung dieses moralischen Moments in der Formel der act. depositi und commodati in factum concepta: dolo malo . . . redditam non esse, Gaj. IV 47 beim Depositum: crimen perfidiae, l. 1 § 4 Depos. (16. 3) Perfide agere, l. 35 § 1 de adm. (26. 7) de perfidia agitur l. 6 § 7 de his qui not. (3. 2) de fide rupta agitur l. 5 pr. Dep. (16. 3), in obligationem incidere, l. 81 § 1 de sol. (46. 3) s. mein Schuldmoment des römischen Privatrechts in meinen vermischten Schriften S. 187 fl. Auf diese des dolus gedenkende formula in factum concepta ist die Notiz von Theophilus IV 12 § 1 in Bezug auf den Nichtübergang der act. depositi auf den Erben des Depositars zu beziehen; von der act. commodati in factum concepta wird ganz dasselbe gegolten haben. Sicherlich wird für beide auch die kurze Verjährungsfrist des prätorischen Rechts (annus utilis) bestanden haben. Juristisch ausgedrückt: beide waren ursprünglich Delictsklagen, Contractsklagen wurden sie erst durch die formula in jus concepta.

Rechtsverletzung im obligatorischen Verhältniß. Sie hat uns XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
zu dem Ergebniß geführt, daß die act. injur. für dasselbe keine praktische Bedeutung hat, da die Contractsklage vermöge der ihr von der neueren Jurisprudenz gegebenen weiten Ausdehnung die Function der act. injur. in sich aufgenommen hat.

Für das Familienrecht d. h. als Schutzmittel des Vaters in Bezug auf das ihm an den Kindern zustehende Recht wird die act. injur. in den Quellen nirgends erwähnt. Einen S. 222.
Anlaß dazu hätte die injuriöse Fortführung oder Vorenthaltung des Kindes bieten können, ein Fall, der heutzutage sich nicht selten unter geschiedenen Ehegatten abspielt. Das römische Recht gewährte für diesen Fall eine besondere Klage: das interd. de liberis ducendis (l. 3 pr. de lib. exh. 43. 30), welches materiell ebenfalls ganz so wie die act. ad exhibendum (S. 280) auf unserem Gesichtspunkt der injuriösen Rechtsverletzung: hier der Mißachtung der patria potestas beruhte. Einen andern Anlaß konnte die Verführung des Kindes, insbesondere der Tochter darbieten. Die römischen Juristen gewährten dafür die act. de servo corrupto als utilis (l. 14 § 1 de serv. corr. 11. 3), indem sie auch hier dem ökonomischen Interesse, auf welches die act. directa ausschließlich gerichtet war („in servo, qui in patrimonio esset ... pauperiorem se factum esse"), das moralische oder ideelle („dignitas et fama domus") substituirten.

Zu diesen drei Fällen ist durch das kanonische Recht, welches den Verlöbnissen eine rechtlich bindende Kraft beilegte, die grundlose Auflösung des Verlöbnisses hinzugekommen, und die dem unschuldigen Theil für diesen Fall von der Praxis gewährte Satisfactions- oder Schadensersatzklage ist von früheren Juristen mit Recht als act. inj. bezeichnet worden[39]), in der That handelt es sich dabei um eine in-

39) Mevius Dec. V 192, der die Ansicht als die communis opinio

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. juriöse Rechtsverletzung. Thatsächlich ist dieselbe auch wohl von dem Manne gegen den Ehebrecher angestellt worden, von den Gerichten aber aus dem Grunde, weil der Ehebruch ein
S. 223. öffentliches Verbrechen enthalte, aus dem eine Privatklage nach l. 7 § 1 de injur. (47. 10) nicht zulässig sei, zurückgewiesen worden[40]). Seitdem durch unser Reichsstrafgesetzbuch (§ 172) der Ehebruch ein Antragsverbrechen geworden ist, dessen Verfolgung noch dazu an die vorherige Trennung der Ehe geknüpft ist, würde dieser Grund wenigstens der Erhebung der Injurienklage gegen den Ehebrecher auf Leistung einer Satisfactionssumme nicht mehr im Wege stehen, und wer mit mir der unten (No. VII) zu begründenden Ansicht ist, daß die Klage in der Richtung, die ich bei dieser ganzen Abhandlung allein im Auge habe, auch durch unser heutiges Strafgesetzbuch nicht aufgehoben ist, wird ihr auch in dieser Richtung freien Lauf lassen müssen, was meines Erachtens keine Verschlechterung des bisherigen Rechtszustandes sein würde.

V. Das Besitzverhältniß als Gegenstand der injuriösen Rechtsverletzung.

Nach der heutzutage allgemein verbreiteten Ansicht hat bekanntlich nur der juristische Besitzer Anspruch auf Besitzesschutz, nicht der bloße Detentor, und die Ansicht ist vollkommen richtig, wenn man, wie dies heutzutage allgemein geschieht, unter Besitzesschutz lediglich die römischen interdicta possessoria versteht. Aber eben dies ist verkehrt, der Schutz des Besitzverhältnisses, den Ausdruck im weitesten Sinne genommen, reicht im römischen Recht über die angegebenen

---

bezeichnet und sie folgendermaßen motivirt: ad insignem honestae virginis contumeliam pertinet, post votum nuptiale ludificari, diffamari, repudiari et non dignam ea conjunctione, quam sponsalia praeparant, censeri. Seuffert, Archiv I 64.

40) Seuffert V, 171.

Rechtsmittel weit hinaus, auch dem bloßen Detentor werden XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
Rechtsmittel gegeben, welche ihn praktisch eben so sicher stellen, wie den juristischen Besitzer. Von ihnen wird in der folgenden Nummer gehandelt werden; in der gegenwärtigen beschränke ich mich auf den Schutz des juristischen Besitzers.

Was hat derselbe mit der act. injur. zu schaffen? Die- S. 224.
selbe scheint bei dem juristischen Besitz nicht den geringsten Spielraum mehr vorzufinden, da das Schutzbedürfniß durch die possessorischen Klagen vollständig gedeckt wird. Allein wenn wir diese Ansicht vorläufig auch in Bezug auf den Besitz an unbeweglichen Sachen unbeanstandet lassen wollen, für bewegliche Sachen trifft sie jedenfalls nicht zu. Der Schutz, den das interd. utrubi hinsichtlich ihrer gewährt, ist ein beschränkter, er war im älteren Recht bekanntlich an die Voraussetzung des längeren Besitzes (major pars anni) geknüpft, und auch im justinianischen Recht, in dem diese Beschränkung hinweggefallen ist, sichert er den Besitzer nur gegen die Entziehung der Sache, und auch dies nur unvollkommen, da das Interdict dem Besitzer lediglich das Recht gewährt, die Sache wiederzuholen (quominus is eum ducat, vim fieri veto), d. h. die Sache bloß wieder in seine Hände schafft, ohne ihm Schadenersatz und Genugthuung für die erlittene Rechtskränkung zu gewähren, wie letztere doch in Fällen einer frivolen Vorenthaltung der Sache, z. B. einer beim Anderen stehen oder liegen gebliebenen, ganz am Platz ist. Nach dieser Seite füllt die act. inj. in der That eine Lücke aus. Für den Fall einer vorübergehenden Aneignung der Sache zu eigenem Gebrauche — man könnte ihn dem der Besitzentziehung als Besitzstörung gegenüberstellen —, versagte das genannte Interdict gänzlich seine Brauchbarkeit[41]), da

41) Worauf Windscheid, Lehrbuch I § 159, 2 die Behauptung stützen will, daß das Interdict auch Schutz gegen Besitzesstörung gewährt habe, sehe ich nicht ab, es scheint mir dies eine Abstraction von unserer modernen den Gegensatz der beweglichen und unbeweglichen Sachen

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. S. 225. von einem ducere keine Rede sein kann, wenn der Besitzer die Sache wieder in Händen hat. Ebenso die act. furti (wegen furtum usus); sie setzte ein vermögensrechtliches Interesse voraus, an dem es hier regelmäßig fehlte. Hier bot nur die act. injur. eine ausreichende Hülfe. Ob man in diesen Fällen von Eingriffen in den Besitz oder in das Eigenthum sprechen will, ist völlig gleichgültig, beide Begriffe decken sich hier. Aber auch für das Besitzverhältniß an unbeweglichen Sachen leistete die act. injur. werthvolle Dienste, zwar nicht für den Fall der Besitzentziehung, für den das interd. uti possidetis und unde vi ausreichten, wohl aber für den der Besitzesstörung. Nach der gangbaren Auffassung von dem uti possidetis würde es auch hier neben dem letzteren keiner anderen Klage bedurft haben. Diese Ansicht ist aber, wie ich im Folgenden darzulegen hoffe, unbegründet. Das Interdict hatte eine ungleich beschränktere Function, als man ihm heutzutage in der Theorie und Praxis zugesteht, ein römischer Jurist würde dasselbe in seiner heutigen Gestalt kaum wieder erkannt haben. Unser heutiges interd. uti possidetis, wie es in der Praxis zur Anwendung gelangt, umfaßt nicht weniger als sechs römische Rechtsmittel, die ich unten (S. 303) namhaft machen werde. Unsere Praxis hat aus den sechs römischen ein einziges Rechtsmittel gemacht, dessen Voraussetzung sie mit dem den Römern in diesem Sinne gänzlich fremden Begriff der „Besitzesstörung" bezeichnet, und das sie mit ausgedehntester Wirksamkeit ausgestattet hat.

Es fällt mir nicht ein, dies im Mindesten zu bemängeln, im Gegentheil, ich erblicke darin einen ganz gesunden Fortschritt. Vom Standpunkt unseres heutigen Processes aus, dem das römische Actionensystem unbekannt ist, würde die

---

verkennenden Auffassung der interdicta retinendae possessionis zu sein, die zur Fassung jenes Interdicts durchaus nicht paßt.

ängstliche Unterscheidung der einzelnen Klagen, welche ein und XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
dasselbe Rechtsverhältniß zum Zweck und Mittelpunkt haben, eine völlig werth- und sinnlose doctrinäre Genauigkeit sein. An die Stelle des römischen Gesichtspunktes der Klage haben wir den des Rechts gesetzt[42]), und dem entspricht es, wenn S. 226.
wir beim Besitzverhältniß lediglich das Recht des Besitzers ins Auge fassen und den processualischen Schutz desselben als ganz selbstverständliche Folge desselben betrachten, ohne uns darum zu kümmern, mittelst welcher besonderer Klagen das römische Recht denselben vermittelte. Aber diese Neurung soll man erkennen als das, was sie ist, und sie nicht dem römischen Recht unterlegen, wie dies bisher stets geschehen ist, wodurch man sich die Erkenntniß der wahren Bedeutung des Besitzes im römischen Recht nicht wenig erschwert hat. Das uti possidetis in seiner heutigen Gestalt ist ein Produkt der praktischen, durch unsere gänzlich veränderte Auffassung des Besitzes vermittelten Fortbildung des römischen Rechts, ganz ebenso wie die Spolienklage und das Summariissimum, es theilt mit dem römischen uti possidetis wenig mehr als den Namen.

Ich veranschauliche die Ausdehnung, die man demselben gegeben hat, zunächst durch einige Beispiele, die ich der Darstellung der praktischen Function desselben bei Bruns, die Besitzesklagen des römischen und heutigen Rechts, S. 59—83 entnehme, und in denen dieser Schriftsteller correcte Anwendungen des römischen interd. uti possidetis erblickt. Meine Schafe laufen aus Unachtsamkeit des Hirten über die Grenze und weiden auf des Nachbars Grundstück (S. 60); Jemand fährt wegen schlechten Weges über den anliegenden Acker, indem er sich bei dem Eigenthümer entschuldigt (S. 70), er trifft auf seinem Grundstücke Einrichtungen von leblosen Sachen so, daß sie durch die gewöhnlichen (?) Naturkräfte über die

---

42) S. meinen Geist des R. R. II, 2 S. 656 (Aufl. 4).

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Grenze gebracht werden und den Besitz der Nachbarn stören, z. B. er häuft große Sandmassen auf der Grenze an, die der Wind dann über die Grenze auf das Nachbargut hinweht
S. 227. (S. 72), er pflanzt auf seinem Balkon Epheu, der allmählich so herunterwächst, daß er das Firmenschild des unten wohnenden Kaufmanns verdeckt; durch fehlerhafte Bauanlage dringen Wasser und andere Flüssigkeiten in das Nachbargut, die Mauern werden baufällig und hängen über (S. 72, 73). Eine vis, sagt Bruns, kann man zwar in diesen Fällen nicht erblicken, wie Savigny dies, um seinen Delictsgesichtspunkt bei diesem Interdict aufrecht zu erhalten, hatte thun wollen, aber der vis bedürfe es auch nicht, es genüge die bloße objektive Thatsache der Beeinträchtigung des fremden Besitzes, ohne daß es auf die Absicht oder nur einmal auf die Kenntniß des fremden Besitzes ankomme, was er als das objektive Störungsprinzip bezeichnet. Das einzige Erforderniß ist die Beziehung auf den Besitz als solchen im Gegensatz der bloß persönlichen Verletzungen des Besitzers (S. 76, 78)[43]), darum läßt er die Klage auch dann zu, wenn in einem Bierhause ein Gast die übrigen beleidigt und sich vom Wirth nicht hinausweisen läßt, oder wenn ein zudringlicher Mensch und Querulant, dem man das Haus verboten, immer wieder kommt, ja sogar in dem berühmten Fall der Thibaut'schen nächtlichen Spectakulanten, welche an die Thüren und Läden klopfen (S. 77). Daß in diesen Fällen eine Injurien-

---

43) Die letztere Bemerkung war gegen Windscheid gerichtet, die Erwiderung des letzteren (I § 150, 5), „daß damit nicht gesagt sei, was nicht schon in dem Begriff der Störung des Besitzes liege", ist vollkommen richtig, aber der Zusatz: „jedenfalls darf das Gesagte nicht in dem Sinn verstanden werden, als müsse auch die Absicht der Verletzung auf die Person in ihrer Beziehung zur Sache, nicht auf die Person als solche gerichtet gewesen sein", schwächt sie wieder ab. Bruns bemerkt m. E. mit Recht, daß sonst auch jedes Delict, welches gegen Jemanden in seinem Hause verübt werde, die Besitzesklage begründen müßte.

klage zulässig sei, stehe außer Zweifel, allein dadurch werde XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
die Möglichkeit einer Besitzesklage „natürlich nicht ausgeschlossen." Sobald sich in der Beschädigung der Sache oder S. 228.
in dem Eindringen eine Mißachtung der Besitzesherrschaft ausspricht und eine Wiederholung irgendwie zu besorgen ist (was nach S. 70 „bei Gewaltthaten überhaupt stets zu fürchten ist"), ist auch eine Klage auf Schutz dagegen begründet, Anmaßung eignen Besitzes ist keinenfalls erforderlich (S. 78).

Die weite Ausdehnung, welche hiernach dem interd. uti poss. zukommt, hat durchaus nichts Überraschendes, sie enthält nur die consequente Durchführung des Gesichtspunktes, daß dasselbe bestimmt sei, einen Schutz gegen Besitzesstörungen zu gewähren. Eine andere Consequenz dieses Gesichtspunktes besteht in der Annahme, daß das Interdict mit der prohibitorischen Function für die Zukunft die restitutorische für die Vergangenheit vereinige. Der Schutz würde ein unvollkommener sein, wenn die begangene Störung nicht vollständig ausgeglichen, dem Besitzer nicht ein Anspruch auf Ersatz des angestifteten Schadens zugestanden würde, folglich, lautet der Schluß, muß das Interdict sich auch darauf erstreckt haben; einen quellenmäßigen Anhalt dafür erblickt man in der l. 3 § 11 Uti poss. (43. 17).

Das ist kurz unser heutiges interd. uti possidetis. Ein römischer Jurist würde darin das römische gar nicht wieder erkannt haben. Zur Erreichung desselben Zweckes, den wir heutzutage mit dieser einen Klage bestreiten, hatte er nicht weniger als sechs nöthig: das interd. uti poss., das interd. quod vi aut clam, die act. negatoria, die act. injur., die act. leg. Aquiliae utilis oder in factum und die cautio damni infecti. Es war bekanntlich ein Grundzug des römischen Processes[44]), daß er die verschiedenen Ansprüche, zu denen ein und dasselbe Rechtsverhältniß Anlaß bieten könnte,

44) Von mir nachgewiesen in meinem Geist des R. R. III, 1 § 51.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII S. 229. streng auseinander hielt, und kein Verhältniß legt dafür in dem Maße Zeugniß ab wie die Gestaltung des Schutzsystems beim Grundeigenthum. Ob es bloß die Unkenntniß des römischen Processes gewesen ist, welche die moderne Jurisprudenz verhinderte, dieselbe wahrzunehmen: die Unkenntniß der analytischen Methode desselben und die der Formeln und der maßgebenden Bedeutung, welche denselben zukam, oder ob nicht das unabweisbare Bedürfniß, an Stelle der complicirten römischen Gestalt eine einfachere zu setzen, sie vermocht hat, sich über die Widerstände, welche die Quellen diesem Streben entgegenstellten, hinwegzusetzen? Kurzum sie hat dem Schutzsystem beim Grundeigenthum eine wesentlich andere, und ich füge hinzu: verbesserte Gestalt gegeben. Bekannt ist dies in Bezug auf die Ausbildung des Quasibesitzes, die Schöpfung des Summariissimum und der Spolienklage, streitig in Bezug auf die von mir behauptete[45]), von Andern in Abrede gestellte Erweiterung der act. confessoria und negatoria auf Schadenersatz, den die Römer durch das interd. quod vi aut clam und die act. injur. vermittelten; völlig neu dürfte meines Wissens der im Folgenden versuchte Nachweis von der Enge des ächt römischen interd. uti possidetis sein.

1. Die demselben von der gangbaren Lehre zugeschriebene, nur von vereinzelten Stimmen bestrittene[46]) Function der Gewährung des Schadenersatzes für die Vergangenheit ist gänzlich unbegründet, sie enthält vom Standpunkt des römischen Processes eine einfache processualische Unmöglichkeit. Wer die römischen Klagen nicht mit unserem heutigen Auge ansieht, sondern der Bedeutung eingedenk ist, welche bei ihnen
S. 230. dem Worte zukam, wird darüber nicht im Zweifel sein können, daß ein Interdict, welches wie das uti possidetis

45) Jahrbücher VI S. 97 (das Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 26, 50, 51 (Vermischte Schriften S. 183, 210). Dagegen Windscheid, Lehrbuch I § 198 Anm. 3, § 217 Anm. 2.

46) Meines Wissens zuerst von mir a. a. O. S. 30 Anm. 10.

auf die Zukunft lautete (quominus ita possideatis, vim XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
fieri veto), keine Anwendung auf die Vergangenheit finden konnte, ebensowenig wie eines, welches wie das interd. quod vi aut clam auf die Vergangenheit lautete (quod factum est), auf die Zukunft. Hatte Jemand bei einem Eingriff in ein fremdes Besitzverhältniß einen Schaden angerichtet, so war ein prohibitorisches Interdict, welches ihm nur für die Zukunft etwas untersagte (das vim fieri). nicht das geeignete, um den Schadenersatz zu bewirken; dazu bedurfte es eines restitutorischen (des int. quod vi aut clam). Diese beiden Functionen werden von den Römern streng auseinander gehalten, wie bei den res publicae (interd. prohibitoria und restitutoria, s. z. B. l. 1 pr. § 1, 35, 36 Ne quis 43. 8), so auch bei den res privatae. Bei dem interd. uti poss. konnte der Richter, der lediglich darüber zu erkennen hatte: an vis facta sit adversus edictum praetoris (Gaj. IV, 166), d. h. ob nach Erlaß des Interdicts eine Gewaltthätigkeit vorgenommen sei, sein Urtheil gar nicht auf die Vergangenheit erstrecken, er würde dem prohibitorischen Interdicte damit den Erfolg eines restitutorischen verschafft haben.

Hätte man sich dies vergegenwärtigt, so würde man der Gefahr nicht erlegen sein, in der oben citirten l. 3 § 11 Uti poss. eine Stütze für diese Ansicht zu finden. Die Stelle spricht gar nicht von unserer Frage, sondern von der, wie der Richter den Werth des Besitzes zu schätzen habe, wenn der Beklagte dem auf Herausgabe der Sache gerichteten arbitrium keine Folge leiste, d. h. davon, was im Besitzproceß unter quanti ea res est (Gaj. IV, 163 quodsi nec restituat, quanti ea res est condemnatur) zu verstehen sei. Servius hatte den Werth des Besitzes mit dem der Sache identificirt, der Richter hätte ihm zufolge im Besitzprocesse auf S. 231.
denselben Betrag erkennen sollen wie im Eigenthumsproceß. Dagegen macht nun Ulpian geltend, daß es sich in jenem um

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. ein wesentlich anderes Interesse handele als in diesem (quanti.. interest, possessionem retinere), dort komme nur der Werth des Besitzes in Betracht, hier der der Sache (longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis). Von einer Aestimation des durch die Besitzesstörung, durch welche dies Interdict veranlaßt worden war, angestifteten Schadens ist in der Stelle gar nicht die Rede.

Daß der Ersatz des vor Erlaß des Interdicts angestifteten Schadens nicht Gegenstand des richterlichen Urtheils sein konnte, wird durch ein anderes Quellenzeugniß ausdrücklich bestätigt, das man bei dieser Frage nicht hätte übersehen sollen:

l. 3 de interd. (43. 1). In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo reddita sunt, non retro.

Unter fructus sind bekanntlich nicht bloß die natürlichen Früchte zu verstehen, sondern das gesammte Interesse, die causa rei, wie es bei der reivindicatio heißt:

l. 4 § 2 si serv. (8. 5)..id demum fructuum nomine computandum, si quid intersit agentis servitute non prohiberi (nicht prohibitum esse).

l. 6 § 6 ibid. fructus i. e. commodum quod haberet, si etc.

Die obige Stelle enthält also die direkte Anerkennung des von mir aufgestellten Satzes: die Interessenfrage erstreckt sich nicht über die Zeit des Erlasses des Interdicts in die Vergangenheit zurück, was vorher geschehen ist, kümmert den Richter nicht.

Eben darauf beruhte die Nothwendigkeit des interd. quod vi aut clam und der act. injur. Hätte das interd. uti poss.
S. 232. die Function gehabt, welche man ihm heutzutage beilegt, der Prätor hätte sich jenes Interdict, die Jurisprudenz sich diese Klage sparen können. Aber eben weil das uti possidetis ein prohibitorisches Interdict war d. h. für die Zukunft wirkte, bedurfte es für die Vergangenheit eines interd. re-

stitutorium. Durch die von uns vertheidigte Ansicht gewinnt das int. quod vi aut clam erst Sinn und Verständniß. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

2. Das interd. quod vi aut clam. Ich glaube die eigenthümliche Bedeutung desselben im römischen Recht unserem heutigen Verständniß am leichtesten näher bringen zu können, indem ich sage: es übte gerade diejenige Function aus, die man heutzutage dem uti possidetis aufgebürdet hat: die der Gewährung des Schadenersatzes für die Vergangenheit. Aber nur in beschränkter Weise, und eben darauf beruht es, daß neben demselben noch die act. injur. Platz greifen konnte. Das Interdict hatte Besitzesstörungen zur Voraussetzung, welche unter den Gesichtspunkt eines opus factum fielen, und zwar eines solchen, durch welches der Besitzer beschädigt worden war. Das Interdict selber hatte zwar diese beiden Voraussetzungen nicht ausdrücklich namhaft gemacht, und Trebatius glaubte sich in dem Fall der l. 22 § 3 quod vi (43. 24) si stercus per fundum meum duxeris darüber hinwegsetzen zu können, seine Ansicht ward aber von Labeo mit Recht zurückgewiesen: ne etiam is, qui duntaxat iter per fundum meum fecerit aut avem egerit venatusve fuerit sine ullo opere, hoc interdicto teneatur. Es läßt sich begreifen, wie die Jurisprudenz dazu kam, die beiden Erfordernisse in das Interdict hineinzutragen. Von einem restituere konnte nur die Rede sein, wenn auf dem Grundstück irgend eine Aenderung getroffen war, welche der Beklagte rückgängig zu machen hatte, si faciem[47]) fundi, wie es in l. 21 § 3 quod vi (43. 24) heißt, mutaveris, das S. 233. „quod factum est" mußte Spuren auf dem Grundstück zurückgelassen haben, es mußte, um mich der kriminalistischen Terminologie zu bedienen, zur Klasse der facta permanentia im Gegensatz der facta transeuntia gehören. Bei Eingriffen in

47) Fehlt in der Florentina.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. das Besitzverhältniß, die sich mit dem Akt selber consumirten, z. B. dem Gehen, Reiten, Fahren über ein fremdes Grundstück, konnte von einem „restituere“ nicht die Rede sein.

Wenn die Juristen das Interdict in Fällen, wo der Kläger durch das opus nicht beschädigt worden war, ausschlossen [48]), so thaten sie es, weil hier das restituere, wenn auch im natürlichen Sinn möglich, doch in vermögensrechtlicher Beziehung gegenstandslos war, da der Richter einem Kläger, der keinen Schaden erlitten hatte, keinen Ersatz desselben zusprechen konnte. Aus demselben Grunde versagen sie unter gleicher Voraussetzung auch die act. legis Aquiliae [49]) und die actio quod metus causa [50]), alle drei Klagen sind an das Erforderniß eines ökonomischen Interesses geknüpft, dem idealen Zwecke der Genugthuung für die frivole Rechtsverletzung dient in den beiden ersten Fällen die act. injur. (l. 27 § 28 ad leg. Aq. cessare Aquiliam, sed injuriarum erit agendum), im letzteren die Anklage ex lege Julia de vi (in Juliam eum de vi incidisse l. 12 § 2 quod met. 4. 2).

Das interd. quod vi aut clam war nicht an die Voraussetzung des juristischen Besitzes geknüpft, es ward auch
S. 234. dem Detentor gegeben (S. 294); es war also kein possessorisches Interdict im Sinne der Römer. Und dennoch verdient es vom Standpunkt unserer heutigen Besitztheorie aus ungleich mehr den Besitzrechtsschutzmitteln zugezählt zu werden als das fälschlich von Savigny ihnen zugerechnete interd. de precario. Wer mit mir das Wesen des Besitzesschutzes darein setzt, daß ein bloß thatsächliches Verhältniß zur Sache einen

48) l. 7 § 7, l. 18 pr. quod vi (43, 24) in der letzteren Stelle: si quis silvam caeduam maturam caecidit.

49) l. 27, § 25, 26, 28 ad leg. Aquil. (9. 2).

50) Auch bei ihr ist ein „restituere“ (l. 3 pr. quod met. 4. 2) propter naturam metus causa actionis, qui damnum exigit (l. 12 § 2 ibid.) nicht möglich, si nihil abest . . l. 14 pr. ib.

Anspruch auf denselben gewährt, und daß dem Beklagten bei XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
der Besitzesklage alle petitorischen Einreden abgeschnitten sind, wird dem interd. quod vi aut clam den Charakter eines Besitzrechtsmittels nicht absprechen können. Die Rechtsfrage ist bei demselben principiell ausgeschlossen, gleichmäßig für den Kläger wie den Beklagten, es handelt sich bei ihm, wie der Jurist in l. 2 § 3 si serv. (8. 5) den Gegensatz des Petitoriums und Possessoriums faßt, nicht de jure, sondern de facto, die Berufung des Beklagten auf sein Recht ist gänzlich ausgeschlossen,

l. 1 § 2 ibid. parvi refert, an jus habuerit faciendi an non,

§ 3 ... adversus vim et quod clam factum est nulla justa exceptione se tueri potest.

3. In die beiden hervorgehobenen Lücken (fehlendes opus factum und fehlendes vermögensrechtliches Interesse) greift nun die act. injur. des neueren Rechts ein. Der Fortschritt, der sich mit ihr in Bezug auf das Besitzverhältniß bei unbeweglichen Sachen vollzieht, läßt sich mit einem Worte wiedergeben: Erhebung von der rein materialistischen Beurtheilung der Rechtsverletzung zur idealen, es ist derselbe Fortschritt, dem wir oben (S. 289) bei der Obligation begegnet sind, und wir können den Ausdruck, dessen sich der Jurist bei ihr zur Bezeichnung desselben bedient: affectus rationem habendam auf unser Verhältniß hinübernehmen. Es ist nicht mehr ausschließlich der ökonomische Gesichtspunkt, S. 235.
unter dem das Recht das Interesse des Besitzers würdigt, es erkennt vielmehr auch das ideale Interesse an der Unantastbarkeit seines Besitzverhältnisses an: die Forderung des verletzten Rechtsgefühls, welches unabhängig von jedem materiellen Interesse Genugthuung für die Mißachtung des Rechts begehrt. Dem rohen Rechtsgefühl der älteren Zeit war, wie wir oben (S. 235) nachgewiesen haben, diese Auffassung fremd, dasselbe würdigte alle Verhältnisse des Vermögensrechts nur vom

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Standpunkt des Geldes aus, und auf diesem Standpunkt stand bei unserer Frage noch Labeo. Hätte er sich bereits zu der Höhe der späteren Auffassung aufgeschwungen, so würde er nicht bloß in dem Fall der l. 44 de injur. die dort in Frage gestellte act. injur. gewährt, sondern in dem Fall der obigen l. 22 § 3 quod vi (43. 24) es sicherlich nicht unterlassen haben, an Stelle des rein negativen Resultats, mit dem seine Kritik der Ansicht des Trebatius abschließt, mittelst Namhaftmachung jener Klage dem Interesse gerecht zu werden, dem Trebatius in gewaltsamer Weise durch das interd. quod vi aut clam hatte Befriedigung gewähren wollen.

Ist dieser Schluß ein begründeter, so hatte der Grundbesitzer zur Zeit des Labeo wegen aller Eingriffe in das Besitzverhältniß an unbeweglichen Sachen, welche nicht unter den Gesichtspunkt eines opus factum fielen, beispielsweise die dort genannten: si stercus tuleris, iter feceris, aves egeris, venatus fueris, keine Klage, nicht das uti possidetis, weil es nicht auf die Vergangenheit ging, nicht die act. injur., weil sie in dieser Richtung noch nicht existirte. Vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsauffassung scheint darin eine empfindliche Lücke zu liegen, in Wirklichkeit aber besteht sie auch für unser heutiges Recht ganz so wie für das altrömische. Denn auch unser heutiges interd. uti possidetis würde in
S. 236. einem solchen Fall, wo mittelst des Eingriffs kein Schaden angestiftet ist, in Bezug auf den in der Vergangenheit liegenden Akt nichts ausrichten, sondern nur der Wiederholung desselben in der Zukunft vorbeugen. Die begangene Rechtsverletzung bleibt auch bei uns ungesühnt, der Besitzer erhält für den frivolen Eingriff, den sich sein Gegner hat zu Schulden kommen lassen, keine Genugthuung, wenn er sie nicht etwa darin finden will, daß derselbe gerichtsseitig als Eingriff anerkannt und für die Zukunft verboten wird. Eine wirkliche Genugthuung wird dem gekränkten Rechtsgefühl erst dadurch zu Theil, daß der schuldige Theil nach der von mir entwickel-

ten Theorie der injuriösen Rechtsverletzung eine Strafe erleidet. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
Ob man den darauf gerichteten Antrag des Besitzers als act. injur. oder als interd. uti possidetis bezeichnen, letzterem Rechtsmittel also in derselben Weise, wie dies die römische Jurisprudenz für die Contractsklagen gethan hat, neben seiner realen Ersatzfunction noch die ideale beilegen will, ist vollkommen gleichgültig, es kommt nicht auf den Namen, sondern auf die Sache an, und unser heutiges interd. uti possidetis hat sich von dem römischen bereits soweit entfernt, daß es auch diesen Zusatz noch in sich aufnehmen kann. Erst dadurch wird eine wirkliche Rechtssicherheit geschaffen. Wie die Sache heutzutage liegt, kann Jeder, ohne irgendwelche Nachtheile befürchten zu müssen, über meinen Zaun, meine Hecke in meinen Garten steigen und seine Hühner, Enten u. s. w. verfolgen und mein Verbot in den Wind schlagen. Er kann, während auf meinem Grundstück Festlichkeiten stattfinden, Gäste versammelt sind, mit einem Fuder Mist, einem Faß Jauche über das Grundstück fahren und mir mein ganzes Vergnügen verleiden, es geschieht ihm nichts, als daß ihm die Wiederholung für die Zukunft verboten wird; was er wollte, hat er erreicht, und ich habe das Nachsehen. Auch unsere heutige Juris- S. 237.
prudenz steckt noch tief in den Banden des Materialismus, tiefer als die spätere römische, und ich kann in Anwendung auf das vorliegende Verhältniß nur den Vorwurf wiederholen, den ich vor Jahren in meinem Kampf ums Recht (Aufl. 8 S. 85 fl.) gegen sie erhoben habe: ihr Maßstab ist der des platten öden Materialismus, das Verständniß für die Berechtigung und das Bedürfniß der moralischen, durch Zuerkennung einer empfindlichen Geldstrafe zu erzielenden Genugthuung für die frivole Rechtsverletzung, welche dem Römer durch die act. injur. zu Theil wurde, ist ihr abhanden gekommen.

Auch nach neuerem römischen Recht begründet nicht jede ohne Zustimmung des Besitzers auf fremdem Grundstück vor-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. genommene Handlung eine act. injur., wir müssen vielmehr zwei Klassen von Handlungen unterscheiden, von denen ich die einen als indifferente, die anderen als relevante, bezeichnen will. Jene charakterissiren sich dadurch, daß sie das Interesse des Besitzers in keiner Weise berühren, sie sind reine adiaphora, und so lange er sie nicht ausdrücklich verbietet, nimmt das Recht keine Notiz von ihnen. Diese dagegen berühren sein Interesse, eben darum untersagt das Recht sie, auch ohne daß er sie ausdrücklich verboten hat; es kann und muß voraussetzen, daß er sie nicht dulden wird. Nur sie enthalten Eingriffe in den Besitz oder, um den gangbaren Ausdruck beizubehalten: Besitzesstörungen und erzeugen als solche die act. injur., nach heutiger Lehre das interd. uti poss., jene nicht. Der Unterschied ist thatsächlich für die Lehre vom Besitz nie verkannt worden und konnte es auch nicht, aber meines Erachtens darf die Theorie, wenn auch nur zu Unterrichtszwecken, es nicht umgehen, ihn in begrifflicher Form zum Ausdruck zu bringen, was meines Wissens bisher noch nicht geschehen ist. Es wird sich zeigen, daß dabei mehr abfällt, als man erwarten möchte.

S. 238. Vom Standpunkt einer rein äußerlichen oder formalistischen Betrachtung aus macht es keinen Unterschied, ob ich durch den Garten Jemandes gehe, um zu seinem Hause zu gelangen, oder ob ich von dem Wege ab in seinen Garten gehe; ob ich bei Tage die Klingel ziehe, um Einlaß zu begehren, oder nach Art der Thibautschen Spectakulanten bei Nacht; ob ich im Hause auf den Vorplatz, in die Küche, oder in ein Zimmer gehe. Alles dieses sind Einwirkungen auf eine fremde Sache[51]), und wenn einmal der Satz bestände, daß ich ohne Erlaubniß des Besitzers oder Eigenthümers auf

51) Ich bediene mich des Ausdrucks von Windscheid, Lehrbuch I § 159, ohne ihn zu bemängeln, da ein Mißverständniß desselben durch den vorhergehenden Satz („im Widerspruch mit dem Willen des Besitzers") ausgeschlossen ist, ich beabsichtige damit nur, die im Texte hervorgehobene

die Sache nicht einwirken darf, so müßten alle diese Akte völlig gleich behandelt werden; mit der bloßen Rechtslogik läßt sich gegen diese Consequenz nichts ausrichten. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Aber eben dieser Fall zeigt, welche Bewandtniß es mit derselben hat, er veranschaulicht so recht schlagend die Unsinnigkeit der bloßen Consequenzmacherei. Nicht der formale Begriff der mechanischen Einwirkung auf die Sache ist der Gesichtspunkt, nach dem sich der Begriff des Eingriffes in ein fremdes Besitzverhältniß bestimmt, sondern das praktische Bedürfniß des Lebens, das Interesse des Besitzers. Diesem Interesse widerstreben jene indifferenten Einwirkungen so wenig, daß sie gerade umgekehrt durch dasselbe im äußersten Grade erfordert werden. Wer dieselben nicht dulden wollte, würde sich damit selber vom Verkehr ausschließen, Niemand dürfte ohne seine vorherige Erlaubniß durch seinen Garten den Weg zu seinem Hause nehmen, die Klingel ziehen, sein Haus betreten; sein eigenes Interesse erfordert es also, daß diese S. 239.
Akte, so lange er sie nicht einer bestimmten Person ausdrücklich verboten hat, Jedem verstattet werden.

Wollen wir der Thatsache, daß diese Art der Einwirkung auf fremde Sachen Jedem frei steht, den richtigen juristischen Ausdruck geben, so müssen wir sagen: auch am Privateigenthum findet ein usus publicus Statt. Allerdings nicht in derselben Weise wie an res publicae, an denen er die Form des Rechts an sich trägt, das als solches Niemandem entzogen werden, und das daher im Verhinderungsfall durch Klage geltend gemacht werden kann. Wohl aber in Form einer Befugniß, die so lange besteht, bis der Besitzer oder Eigenthümer sie nicht einer bestimmten Person ausdrücklich entzogen hat. Für beide Arten von Sachen: die res privatae wie die res publicae hat der usus publicus

---

äußere Gleichheit der indifferenten und relevanten Vornahmen auf oder in fremder Sache scharf hervorzuheben.

XXIII Jahrg. Bd. XXIII. ganz dieselbe Bedeutung: er dient dem Verkehr, publico usui destinatae sunt (l. 2 § 5 Ne quis in loco 43. 8) in publico usu habentur (16 pr. de C. E. 18. 1) — ein Verkehr, d. h. ein Zusammenkommen der Leute ist ohne diesen usus publicus nicht möglich.

Diesem usus publicus an res privatae oder richtiger an denjenigen Theilen, Stücken derselben, die ihm dienen, steht gegenüber der usus privatus an denjenigen, welche dem Privatgebrauch des Besitzers vorbehalten sind. Alle Uebergriffe in diese Sphäre des usus privatus sind als solche, d. h. auch ohne daß der Besitzer sie verboten hat, Eingriffe in den Besitz, Besitzesstörungen, sie tragen den Charakter injuriöser Rechtsverletzungen an sich, da Jeder, der sie vornimmt, sich sagen muß, daß er es nicht darf. Sie erzeugen daher nach römischer Theorie die act. injur., nach heutiger das interd. uti possidetis. Der Gast darf das Wirthszimmer betreten, aber nicht die Privatwohnung
S. 240. des Wirthes, der Briefbote, Handwerker, Arme oder wer sonst zu mir kommt, den durch meinen Garten führenden Weg zu meinem Hause einschlagen, aber nicht in meinem Garten spazieren gehen. In einem dem Publikum geöffneten Privatgarten oder Park darf ich lustwandeln, aber ich darf nicht denjenigen Theil betreten, den der Besitzer durch eine gezogene Leine oder Kette oder durch Anschlag für seinen Privatgebrauch reservirt hat.

Wo die Grenze im einzelnen Fall zu ziehen ist, dürfte kaum Gegenstand des Zweifels sein, und auch wohl noch nie Gegenstand der richterlichen Entscheidung geworden sein; man braucht nicht Jurist zu sein, um zu wissen, was man auf fremdem Grundstück oder in fremdem Hause vornehmen darf, was nicht, das Verständniß dafür ist im Volk vollkommen lebendig. Nur die Bemerkung will ich schon hier nicht unterdrücken, obgleich ich sie erst später ausführen kann, daß der Gegensatz kein absoluter, sondern nach Maßgabe des Gesichts-

punktes des **Interesses des Besitzers**, auf dem er beruht, ein wandelbarer ist. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Ich glaube nichts Ueberflüssiges zu thun, wenn ich ihn vorher durch folgende Parallele illustrire.

Vom Standpunkt einer rein formalistischen Betrachtung aus begründet es keinen Unterschied, ob ich von dem Baume des Andern ein Blatt oder einen Apfel, in seinem Garten Rosen oder auf seinem Felde Kornblumen pflücke, von seinem Grundstück eine Handvoll Sand, einen Stein oder eine ganze Wagenladung von Sand oder Steinen entführe. Alle diese Dinge stehen in seinem Eigenthum, und ich nehme sie ohne seine Erlaubniß. Wäre diese äußerliche Betrachtung die maaßgebende, so müßten alle diese Aneignungen einen Diebstahl in sich schließen, und unsere heutigen Kriminalisten haben nicht wenig Noth, diese Consequenz den Worten des § 242 unsers Strafgesetzbuchs gegenüber: „wer eine fremde bewegliche Sache einem Andern in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe S. 241. **rechtswidrig** anzueignen", abzuwehren. Dem Wortlaut des Gesetzes zufolge würde eine Dame, welche sich auf fremdem Kornfeld Kornblumen pflückt, der Botaniker, der eine Pflanze, der Mineralog, der ein Stück Gestein zu sich steckt, der Nachbar, der ohne vorher eingeholte Erlaubniß Wasser aus meiner Plumpe holt, einen Diebstahl begehen! Ich meinerseits fühle keinen Beruf, mich auf diese kriminalistische Streitfrage, die übrigens praktisch ohne Belang ist, da kein Staatsanwalt in einem solchen Fall eine Anklage erheben wird, des Weitern einzulassen [52]). Meines Erachtens hätte

52) Ich verweise auf die Abhandlungen meiner beiden hiesigen Collegen: **John** in der Zeitschr. für die gesammte Strafrechtsw. I S. 245 und **von Bar** im Magazin für deutsches Recht der Gegenwart IV. Letzterer unterscheidet die **juristische Aneignung**, die auch bei werthlosen Sachen möglich sei, von der **ökonomischen**, welche durch die Werthlosigkeit der Sache ausgeschlossen werde; an ganz werthlosen Sachen könne daher kein Diebstahl begangen werden, selbst wenn der Eigenthümer

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. jener Paragraph anders gefaßt werden sollen, aber so wie er einmal gefaßt ist, glaube ich jener absurden Consequenz am ersten dadurch ausweichen zu können, daß ich den Nachdruck auf „rechtswidrig" lege, indem ich sage: es ist nicht rechtswidrig, sich jene Dinge anzueignen, da sie des Eigenthumsschutzes rechtlich entbehren, in Bezug auf sie ist das Eigenthum
S. 242. ebenso offen wie der Besitz in Bezug auf die indifferenten Einwirkungen auf die Sache, die Vornahmen innerhalb dieser schutzlosen Region von Besitz und Eigenthum sind rechtliche Adiaphora. Besitz und Eigenthum finden praktisch ihre Grenze am Interesse — wo das Interesse aufhört, mag immerhin der Begriff sein Spiel weiter treiben, es ist das die Region der Transcendentaljurisprudenz, wie ich sie nennen möchte, eine besondere Species der von mir an anderer Stelle [53]) charakterisirten Begriffsjurisprudenz. Sie theilt mit der Transcendentalphilosophie das Merkmal, daß, wie letztere über die sinnliche Erfahrung, so sie über die reale Welt des Rechts, die ausschließlich dem praktischen Bedürfniß dient, hinausgeht. Sie leistet der wahren Erkenntniß des Rechts einen werthvollen Dienst, nur freilich einen andern, als sie beabsichtigt, nämlich den, an abschreckenden Beispielen jedem Einsichtigen die Wahrheit klar zu machen, daß die Begriffe an Interesse ihre Grenze finden, daß der Zweck,

---

die Aneignung positiv nicht wolle (S. 18). Allein ein Brief kann ökonomisch völlig werthlos, und doch dem Besitzer höchst werthvoll sein. Wenn Jemand, der ihn ersucht hatte, ihm denselben zu überlassen, und abschläglich beschieden worden ist, denselben hinterher „stiehlt" (wie jeder Laie sich hier sicherlich ausdrücken würde), begeht er einen Diebstahl oder nicht? Meiner Ansicht nach: Ja! Das Moment der Werthlosigkeit ist also nicht das entscheidende, nach meiner Ansicht muß es ersetzt werden durch das im Text geltend gemachte der Abgrenzung der Eigenthumssphäre durch das Interesse — ein Gesichtspunkt, der für Eigenthumsschutz (die reivind. wie den Diebstahlsbegriff) ganz dieselbe Wahrheit behauptet wie für den Besitzschutz (S. 312).

53) In meinem Scherz und Ernst in der Jurisprudenz III.

nicht die Logik auf dem Gebiete des Rechts zu herrschen XXIII. Jahrg Bd. XXIII.
berufen ist. Ein erbauliches Stück dieser Transcendentaljurisprudenz aus der früheren Theorie war die Erstreckung der Eigenthumssphäre bis in den Himmel- und in den Mittelpunkt der Erde[54]).

Das Interesse also bezeichnet die Grenze, wo die dem formalistischen Rechtsbegriffe nach unbeschränkte Herrschaft des Besitzers und Eigenthümers Halt zu machen hat, und das Recht ihm sein: Bis hierher und nicht weiter! zuruft. Besitz und Eigenthum haben nicht die Aufgabe, den abstracten Begriff der Willensherrschaft an den Sachen zu realisiren, sondern die Zweckbestimmung derselben für das menschliche Bedürfniß in Formen des Rechts sicher zu stellen, und Be- S. 243.
stimmungen, in denen derjenige, welcher jenen Maßstab an sie anlegt, Inconsequenzen, Begriffswidrigkeiten erblickt, tragen in den Augen desjenigen, der den letzteren als den allein richtigen erkannt hat, den Charakter des Folgerichtigen, Gebotenen an sich[55]). Aber das Interesse ist wandel-

54) Ueber die Unabweisbarkeit des Gedankens des praktischen Interesses für die Gestaltung des Eigenthumsrechts in dieser Richtung; s. meine Abhandlung über die Beschränkungen des Grundeigenthümers in diesen Jahrbüchern, VI S. 85—93.

55) Auch für die rechtliche Gestaltung des geistigen Eigenthumes, auf das ich unten (Nr. X) zu sprechen kommen werde, erweist sich dieser Gesichtspunkt als der maßgebende. Man vergleiche z. B. §§ 4—6 unseres Reichsgesetzes über das Urheberrecht vom 11. Juni 1870 („b. Verbot des Nachdrucks") mit § 7 („Was nicht als Nachdruck anzusehen ist"). Der oben hervorgehobene Gegensatz von usus publicus und privatus an den Sachen, wenn man mir verstattet, den Ausdruck usus so weit zu nehmen, daß er auch die Eigenthumsaneignung umfaßt, wiederholt sich wie bei den körperlichen Eigenthumsobjecten, so auch bei den Geistesproducten. Den obigen Beispielen von den Kornblumen, Blättern, Steinen u. s. w. entsprechen hier die in § 7 genannten Fälle des erlaubten usus publicus an Geistesproducten: „Das wörtliche Anführen einzelner Stellen oder kleinerer Theile eines bereits veröffentlichten Werkes — der Abdruck einzelner Artikel aus Zeitschriften u. s. w. — von Gesetzbüchern, Gesetzen u. s. w. — von Reden" (der dort bezeichneten Art). Dasselbe Princip wird an der-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. bar, es bestimmt sich verschieden nach den idealen wie realen Voraussetzungen, die dasselbe beeinflussen. Dem Bauer wird sehr wenig daran liegen, ob Jemand einen Platz auf seinem Grundstücke verunreinigt, es kommt Schmutz zu Schmutz, der Städter, der auf ein sauberes, reinliches Haus hält, wird die Sache anders ansehen. Der Bauer kümmert sich nicht darum, ob Jemand über seinen unbestellten Acker geht oder sich auf demselben lagert, der Städter wird sich dies auf seinem Hofe oder Garten verbitten. In einer wasserreichen Gegend wird Niemand etwas dagegen haben, daß Jemand aus seinem Brunnen Wasser holt, in Gegenden, wo das Wasser einen Handelswerth hat (in ea regione Africae vel
S. 244. forte Aegypti, ubi aqua venalis est, l. 14 § 3 de alim. leg. 34, 1) würde darin ein Diebstahl liegen. Ebenso verhält es sich mit dem Schlagen von Eis in einem Fluß, Kanal, aus dem der Bezug des Eises verpachtet ist. Würden die Kornblumen einmal einen Handelswerth erlangen, so würde die Dame, welche ihre Passion nach Kornblumen auf einem fremden Kornfeld befriedigen wollte, sich eines Diebstahls schuldig machen. In alter Zeit konnte Jeder Bernstein suchen und nehmen, wo er ihn fand; heutzutage würde er in Gegenden, wo das Suchen desselben verpachtet ist, damit ein Aneignungsdelict begehen. Eben so verhielt es sich einst und verhält sich jetzt mit dem Goldgraben in Kalifornien.

Dies führt mich auf die Jagd nach römischem Rechte. Die herrschende, bereits von den Glossatoren vertheidigte Ansicht geht bekanntlich dahin, daß es nach römischem Recht Jedem frei stehe auf fremdem Grundstücke zu jagen, während neuerdings Wächter[56]) die entgegengesetzte Ansicht zu ver-

---

selben Stelle für die Frage von der Annahme eines fremden Namens verwandt werden — den Namen eines Kaufmanns darf kein anderer Kaufmann am Orte annehmen (Interesse der Concurrenz), eine Privatperson darf es thun.

56) Das Jagdrecht und die Jagdvergehen, Erster Abschnitt: Das

theidigen gesucht hat. Ich halte den letzteren Versuch für XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. gänzlich verfehlt und kann den Grund, welcher den Verfasser zu seiner vor den gewaltsamsten Anstrengungen nicht zurückschreckenden Ansicht verleitet hat, nur in dem unbewußten Einfluß erblicken, den unsere heutige oder ich darf vielleicht sagen: die germanische Auffassung von der Jagd auf ihn ausgeübt hat. Die ganze Frage dreht sich um die Verschiedenheit der Interessenauffassung bei der Jagd. Der Germane war von Alters her ein Jäger, seine Wälder erzogen ihn dazu, daher war ihm die Jagd ein Gegenstand des Interesses, und das Recht erkannte dasselbe an und gewährte ihm rechtlichen Schutz (Jagdrecht). Der Römer dagegen war S. 245. kein Jäger, er war Landmann. Der richtige römische Hausvater vergeudete seine Zeit nicht damit, dem Wilde nachzujagen, es kümmerte ihn daher nicht, wenn ein anderer auf seinem Grundstücke jagte, die Sache war für ihn ganz so ohne alles und jegliches Interesse, wie für unsere heutigen Bauern, wenn eine Städterin auf ihrem Kornfelde Kornblumen pflückt.

Aus diesem Gesichtspunkte des Interesses erklärt sich die Stellungnahme des römischen Rechts zur Jagdfrage [57]) Die Jagd gehört zu denjenigen Vornahmen, die man sich auf fremdem Grundstücke erlauben darf, ohne einen Eingriff in fremdes Eigenthum zu begehen, aber wie für alle, so gilt auch für sie die Einschränkung: so lange sie nicht vom Eigenthümer verboten ist. Dies wird in den Quellen ausdrücklich gesagt (l. 3 § 1, l. 5 § 3 de A. R. D. 41, 1 von Gajus, wiederholt in den Institutionen § 12, 14 J. de R. D. 2, 1; l. 13 § 7 de inj. (47, 10); l. 16 de S.P.R. 8, 3). Wächter sucht sich in seltsamer Weise mit diesen Stellen abzufinden.

---

römische Recht (Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfakultät in Leipzig, Leipzig 1870, S. 338—350).

57) Ebenso zur Fischerei l. 13 § 7 de injur. . . in lacu, qui dominii mei est utique piscari aliquem prohibere possum, d. h. wenn es nicht verboten ist, steht es Jedem frei.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. In der l. 16 cit. erblickt er den Satz ausgesprochen, daß es nicht zulässig sei, ohne Zustimmung des Eigenthümers zu jagen, wonach es also erst der ausdrücklichen Einholung derselben bedurft haben würde, während die Stelle sagt: man dürfe nicht gegen den Willen (dominis invitis) jagen, so daß es also erst des Verbotes des Eigenthümers bedarf, um das Jagen auszuschließen. Die Stellen von Gajus knüpfen die Unrechtmäßigkeit des Jagens ausdrücklich an ein vorher beim Betreten des Grundstückes in dieser Absicht erlassenes Verbot (qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is praeviderit, jure prohiberi ne ingrederetur). Das „jure
S. 246. prohiberi“ läßt sich in einem doppelten Sinne verstehen. Als bloß factisches: der Eigenthümer darf den Jäger mit Gewalt zurücktreiben, das Recht verstattet es ihm (jure prohibet = mit Recht), gelingt es ihm aber nicht, so hat er weiter keine Rechtshülfe. Oder als rechtliches: sein bloßes Verbot genügt, um der gegnerischen Handlung den Stempel einer unrechtmäßigen aufzuprägen, und — wie wir den Gedanken des Gajus zu ergänzen haben — geschieht sie dennoch, so findet die act. injur. Statt (jure prohibet = mit rechtlicher Wirkung). Daß der Ausdruck jure prohibere und selbst das bloße prohibere den letzteren Sinn haben kann, ergibt der vielfache Gebrauch desselben in diesem Sinn im Titel quod vi aut clam (43, 24) z. B. l. 1 § 5—8, l. 3 pr. § 8; daß er ihn hier haben muß, bedarf nicht des näheren Nachweises.

Aus der Befugniß des Eigenthümers zum Erlaß eines solchen Verbotes zieht Wächter den Schluß, daß „nicht Jeder zum Jagen in fremden Grundstücken berechtigt gewesen sein könne, denn wäre er dieses gewesen, so hätte ihn der Grundeigenthümer nicht prohibiren dürfen“. Wächter verwechselt hier Berechtigung und Befugniß. Eine Berechtigung im Sinne eines im Fall des Einspruches oder Widerstandes von

Seiten einer anderen Person durchführbaren Rechts liegt hier XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
allerdings nicht vor — der usus publicus an res privatae steht nicht auf einer Linie mit dem an res publicae (S. 313) —, ist aber auch noch von Niemandem behauptet worden. Der Streit dreht sich lediglich um die Befugniß, d. h. darum, ob man nach römischem Recht auf fremden Grundstücken ohne Erlaubniß des Eigenthümers erlaubterweise jagen darf. Nach der Wächterschen Ansicht darf man es nicht, weil man damit einen Eingriff in das ausschließliche Jagdrecht des Grundeigenthümers vornimmt, nach der herrschenden darf man es, und diese Ansicht ist, von der Modification, die ich sogleich erwähnen werde, abgesehen, zweifellos die römische — die Jagd S. 247.
ist nach römischem Recht frei, sie gehört zum usus publicus an res privatae.

Der Gedanke, der dieser Gestalt der Sache zu Grunde liegt, ist, wie oben bemerkt, die nationalrömische Auffassung von der ökonomischen Werthlosigkeit der Jagd. Der römische Bauer betrachtete das Wild mit denselben Augen wie unser heutiger die Kornblumen. Jeder mag sie nehmen, ihn kümmert es nicht, im Gegentheil er sieht es gern, wenn das Wild vertrieben oder vernichtet wird, wie der heutige Bauer auch gern damit zufrieden wäre, wenn Jemand seinen Acker von Kornblumen und Unkraut reinigen würde. Aber auch bei den Römern stellte sich in späterer Zeit in den höheren Ständen die Jagdlust ein, und die Jagd auf eigenen Ländereien wurde sogar ein Erwerbszweig, es ward auf den dazu geeigneten Jagdgründen ein Wildstand gepflegt, mit der Bestimmung, nicht bloß dem Vergnügen des Eigenthümers zu dienen, sondern einen Ertrag abzuwerfen. Diese Gestalt der Sache hat Julian in der l. 26 de usur. (22. 1) im Auge: Venationem fructus fundi negavit (Minicius) esse, nisi **fructus fundi ex venatione constet**, ebenso Ulpian in l. 12 § 12 de instr. leg. (33. 7): si in agro **venationes** sint (es ist also nicht das Regelmäßige, und was unter venationes

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. zu verstehen ist, wird erläutert durch den folgenden Zusatz): puta venatores quoque et vestigatores et canes et cetera, quae ad venationem sunt necessaria, instrumento contineri, maxime si ager et ex hoc reditum habuit (womit auf den im Gegensatz des Betriebes der Jagd zum bloßen Vergnügen hingewiesen wird), und § 13 ibid.: et si ab aucupio reditus fuit, aucupes et plagae et huius rei instrumentum agri instrumento continebitur, und Paulus in l.
S. 248. 22 ibid.: si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat.

Wie Wächter (S. 345) Angesichts dieser Stellen die in ihnen klar und deutlich ausgesprochene Bestimmung des Grundstücks zur Jagd zu leugnen vermag, ist schwer zu begreifen. Indem der Jurist den Fall setzt: si in agro venationes sint, setzt er ihm in Gedanken den andern gegenüber: si non sint, und ebenso in der andern Stelle dem Fall: nisi fructus fundi ex venatione constet, den andern: si ex venatione constet. Es werden also in Bezug auf die Jagd zwei verschiedene factische Gestaltungen anerkannt, an welche sich rechtlich die Wirkung knüpft, daß bei der einen wegen ihrer ökonomischen Ertragsfähigkeit der ususfructus als möglich anerkannt, bei der andern wegen Mangels derselben ausgeschlossen wird (venationem fructus fundi negavit esse). Es muß zugegeben werden, daß man diesen Passus auch auf die Verpflichtung des Beklagten bei der reivindicatio zur Herausgabe der Früchte beziehen kann, wie dies von Cujacius und Wächter geschehen ist, aber es ist verkehrt zu behaupten, daß er darauf bezogen werden muß.

Jedenfalls steht dem Bisherigen nach die Thatsache fest, daß die römischen Juristen die gewöhnlichen Grundstücke, welche nicht zur Jagd bestimmt waren, und bei denen der Ertrag derselben etwas Zufälliges, weiter nicht in Betracht Kommendes war, von denjenigen unterschieden, bei denen die Jagd die ausschließliche oder eine der Bestimmungen des Grund-

stückes bildete. Bei jenen kann das Jagen nicht Gegenstand des usus fructus sein, sowenig wie an einem Acker das Pflücken von Kornblumen. Selbstverständlich darf der Usufructuar auch auf ihnen die Jagd ausüben, das Prohibitionsrecht des Eigenthümers findet ihm gegenüber keine Anwendung, während er seinerseits, da er rechtlich die Stellung des Eigenthümers einnimmt, letzterem wie allen anderen Personen das Jagen auf dem Grundstück verbieten darf. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. S. 249.

Völlig anders als diese Jagdbefugniß des Usufructuars auf den nicht zur Jagd bestimmten Gründen ist sein Jagdrecht auf den dazu bestimmten Gründen. Hier bildet die Jagd den Inhalt des usus fructus, und es ist selbstverständlich gleichgültig, ob das Grundstück noch ein anderes uti frui ermöglicht. Auf diese Jagdgründe sind zu beziehen die oben citirte l. 26 de usur., die l. 9 § 5, l. 62 pr. de usufr. und Paulus S. R. III 6 § 22. Die Belehrung, welche der Jurist in l. 62 pr. cit. gibt: usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis[58]) probe dicitur würde eine Plattheit sonder gleichen enthalten, wenn man sie auf die offene Jagd beziehen wollte, denn daß der Usufructuar dasselbe Recht hat, wie jeder Dritte, bedurfte nicht der Bemerkung, am wenigsten mit der Wendung: probe dicitur, gleich als ob das noch hätte bezweifelt werden können. Die Bemerkung sagt also für den Usufructuar etwas Besonderes aus, was für dritte Personen nicht paßt. Eine andere Hindeutung auf die geschlossene Jagd liegt in den Worten: in saltibus vel montibus. Wozu dieser Zusatz? Warum nicht schlechthin venari, oder wenn einmal ein Zusatz hinzugefügt werden sollte, nicht wie in l. 3 § 1 und l. 5 § 3 de A. R. D. (41. 1) „in fundo"? Der Jurist denkt hier offenbar an die „venationes in agro", an die geschlossene Jagd, und wenn er diese Besonderheit ausdrücklich hervorhebt,

58) Man erwartet: posse. Vielleicht war es durch einen Reduplicationsstrich über das posse in possessionis angedeutet.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. so kann der Grund nur darin erblickt werden, daß für sie etwas anderes gilt als für die offene.

Worin besteht nun das Besondere der geschlossenen Jagd?
S. 250. Nach meiner Ansicht darin, daß sie, wie sie in der Person des Usufruktuars als Gegenstand des ususfructus d. h. als Recht anerkannt wird, so auch in der Person des Eigenthümers denselben Charakter an sich trägt. Dieser Schluß von Wächter ist m. E. vollkommen richtig. Daran aber knüpft sich mit Nothwendigkeit das Erforderniß des entsprechenden Rechtsschutzes. Kann der Usufruktuar, wenn der Eigenthümer Eingriffe in sein Jagdrecht vornimmt, dieserhalb die act. confessoria anstellen, worauf eben die obige l. 26 de usur. zu beziehen ist, so muß auch der Eigenthümer selber gegen Eingriffe dritter Personen in sein Jagdrecht geschützt sein. Hätte man wie für die offene, so auch für die Privatjagd den Grundsatz der freien Jagd aufrecht erhalten wollen, so hätte man damit das Eigenthum in unverantwortlichster Weise Preis gegeben, dritte Personen hätten dann auf fremden Jagdgründen ein Treibjagen veranstalten können, und wenn der Eigenthümer es dem Einen verboten, so hätte sofort ein Anderer kommen können, und so weiter fort, das Verbot hätte stets nur gegen dieses bestimmte Individuum Wirksamkeit gehabt, andere wären dadurch nicht betroffen worden, und gewerbsmäßige Jäger hätten von einer Jagd zur andern ziehen und die Jagden in ganz Italien ausbeuten können. Ich kann mir nicht denken, daß die römischen Juristen einen solchen Unfug, der die ökonomische Entwerthung der zur Jagd bestimmten Grundstücke zur Folge gehabt haben würde, ruhig mit angesehen haben, es wäre ein öder Formalismus gewesen, dessen sie sich doch nicht schuldig machen: die strikte Anwendung einer für das Verhältniß, auf welches sie ursprünglich berechnet war, vollkommen zutreffenden Regel auf ein später aufgekommenes, davon vollkommen verschiedenes.

Aber wie dem überlieferten Rechtssatz, der einmal das

Jagen auf fremdem Grund und Boden verstattet, auszuweichen? Man konnte es, ohne ihn aufzuheben. Derselbe verstattet das Jagen nur so lange, als der Eigenthümer es nicht verbietet. Bei der geschlossenen Jagd bedarf es des speciellen Verbots nicht erst, Jeder muß sich selber sagen, daß der Eigenthümer hier das Jagen nicht dulden wird und kann, daß er invito domino jage (l. 16 de S. P. R.: non est consentaneum, ut per aliena praedia invitis dominis aucupium faciatis) die Sache steht hier von Anfang an ganz so wie bei der freien Jagd nach Erlaß des Verbots, d. h. der Eigenthümer hat wegen Ausübung der Jagd die act. injur., oder anders ausgedrückt: die geschlossene Jagd befindet sich im usus privatus, die offene im usus publicus. So wenig der Eigenthümer erst Jemanden darüber zu belehren hat, daß er zwar seinen Acker, nicht aber seinen Garten betreten darf, ebenso wenig darüber, daß er zwar auf der offenen, nicht aber auf der geschlossenen Jagd jagen darf. Gegen denjenigen, der über mein Grundstück zu meinem Hause geht, oder, der mein Haus betritt, habe ich, so lange ich es ihm nicht speciell verboten habe, keine act. injur., aber gegen den Dieb, der sich in meinem Hause versteckt, habe ich sie (l. 21 § 2 de injur.), jener übt nur den usus publicus an meinem Grundstück aus, dieser greift in meinen usus privatus ein. Könnte derjenige, der auf der Privatjagd jagt, den Satz anrufen: man darf auf fremdem Grund und Boden jagen, so könnte auch der Dieb sich mit dem Satz decken: man darf ein fremdes Haus betreten, beide Sätze erleiden die Einschränkung: soweit sich der Wille des Eigenthümers dabei voraussetzen läßt. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. S. 251.

Das Resultat der bisherigen Ausführung über das Jagdrecht besteht demnach darin: von den beiden Ansichten, der gemeinen und der Wächterschen, hat jede halb Recht, halb Unrecht, jene Recht für die freie, Unrecht für die geschlossene, diese Recht für die geschlossene, Unrecht für die freie Jagd.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Ich kehre nach dieser Abschweifung auf die Jagd, welche
S. 252. den Zweck hatte, den oben (S. 313) von mir aufgestellten Gegensatz des usus publicus und usus privatus an Privatländereien ebensowohl zu veranschaulichen wie zu verwerthen, zu dem Punkt zurück, bei dem ich oben (S. 318) den Faden der Darstellung fallen ließ. Es war der Gedanke der Relativität dieses Gegensatzes, und ich hoffe denselben durch das von mir gewählte Beispiel in ein helles Licht gesetzt zu haben. Ursprünglich ausschließlich Sache des usus publicus, wird die Jagd bereits bei den Römern auch Sache des usus privatus, um schließlich bei uns gänzlich dem letzteren anheim zu fallen — der treibende Gedanke ist das Interesse.

Es bleibt mir zum Schluß noch ein Punkt übrig, der im Bisherigen nicht erledigt worden ist. Meine Theorie von der act. injur. im Besitzverhältniß steht und fällt mit den beiden Sätzen: bei Theilen des Grundstücks, die dem usus publicus offen stehen, greift die act. injur. erst mit, bei denjenigen, die dem usus privatus vorbehalten sind, auch ohne Verbot Platz. Ein Beweis dafür ist bisher nicht erbracht; ich trage hier die quellenmäßigen Belege nach.

Der erste der beiden Sätze ergibt sich aus l. 23 de injur.: qui in domum alienam invito domino introiret, actionem injuriarum in eum competere und aus der oben (S. 320) nachgewiesenen Consequenz des Prohibitionsrechts bei der freien Jagd, der zweite aus l. 21 § 2 ibid. über das Einschleichen des Diebes in ein fremdes Haus und aus den S. 260 u. 271 besprochenen l. 15 § 31 und l. 44 ibid.

Wir haben bisher die Frage erörtert, inwieweit positive Handlungen, welche nicht unter den Gesichtspunkt eines opus factum fallen, die act. injur. erzeugen. Den positiven Eingriffen stehen gegenüber die negativen, wie man sie nennen könnte, d. h. diejenigen, welche die freie Verfügungs-
S. 253. gewalt des Besitzers antasten, ihn an Vornahmen, die er zu treffen gedenkt, zu hindern suchen. Ihrer ist bereits bei Ge-

legenheit der Eingriffe in das Eigenthum (S. 278) gedacht, XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
da sie sich nicht bloß gegen factische, sondern auch gegen rechtliche Maßnahmen z. B. den beabsichtigten Verkauf der Sache (l. 24 de inj.) richten können; auf sie beziehen sich die dort citirten Aussprüche der römischen Juristen über die Zuständigkeit der act. injur.: si quis re mea uti me non permittat. Obschon die Stellen allgemein lauten, so haben ihre Verfasser doch nur die beweglichen Sachen im Auge gehabt, für unbewegliche Sachen bedurfte es der act. injur. in diesem Fall nicht, weil das interd. uti possidetis ausreichte.

Wir wenden uns dem letzteren Rechtsmittel zu, um zu untersuchen, welcher Raum ihm neben den beiden bisher betrachteten Rechtsmitteln: dem interd. quod vi aut clam und der act. injur. nach römischem Recht zukommt.

4. Das interd. uti possidetis in seiner römischen Function.

Ich berühre damit den bedenklichsten Punkt meiner ganzen Untersuchung. Ich bin durch das befremdende Resultat, zu dem dieselbe mich geführt hat, selber nicht wenig überrascht worden und bin gefaßt darauf, damit großem Widerspruch zu begegnen. Dasselbe besteht darin, daß das Interdict im Fall eines persönlichen positiven Eingriffes in den fremden Besitz, z. B. des Gehens, Reitens, Fahrens auf fremdem Grundstück in den Quellen nirgends erwähnt wird. Alle Stellen, welche der persönlichen Eingriffe (im Gegensatz von Anstalten) als Veranlassung des Interdicts gedenken, haben negative Eingriffe d. i. Prohibitionen zum Gegenstande. Die gangbare Lehre, welche in den positiven Eingriffen gerade den Hauptanwendungsfall des Interdicts erblickt, hat dafür auch nicht ein einziges Zeugniß S. 254.
beizubringen vermocht [59]). Alle Beispiele, welche im Titel uti possidetis (43. 17) vorkommen, betreffen ausnahmslos

59) S. z. B. Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl., S. 400.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Prohibitionen (l. 3 § 2: prohibetur . . prohibes, § 3 prohiberet, § 4 prohibetur) und die aus Versehen der Compilatoren in den Titel unde vi (43. 16) gesetzte l. 11, welche sich auf das vim fieri veto des interdict. uti poss. bezieht, nennt ebenfalls als Beispiele der vis, welche derjenige begeht: qui **non sinit** possidentem eo, quod possidebit, **uti arbitrio suo**, nur negative Eingriffe: Verhinderung des Besitzers „sive in serendo sive fodiendo, sive arando sive quid aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit." Auch in l. 8 § 5 si serv. (8. 5) erscheint das Interdict wiederum in Anwendung auf den Fall: si quis **prohibeatur**, qualiter velit **suo uti**, während gerade hier der dringendste Anlaß vorgelegen hätte, der Anwendbarkeit desselben auf die positiven Eingriffe zu gedenken, da gerade **letztere** besprochen werden — in Bezug auf sie aber verweist der Jurist ausschließlich auf die act. negatoria, ohne der Möglichkeit des int. uti possidetis, die er in Bezug auf ein Verhältniß, das **nicht** zur Frage stand, **erwähnt**, gerade für dasjenige, das er behandelt, zu gedenken. Auch in l. 12 Com. div. (10. 3) hat das dort erwähnte int. uti poss. den Zweck, den **Widerspruch** der Miteigenthümer gegen nothwendige Maßregeln im Miteigenthumsverhältniß, also eine Prohibition zu entkräften. Ebenso in l. 14 de injur. (47, 10) si prohibeatur jus suum exercere, — **kurz überall, wo das Interdict erwähnt wird, handelt es sich um ein prohibere.**

Machen wir die Gegenprobe: sehen wir uns die Stellen an, welche die **positiven** Eingriffe behandeln.

S. 255. Vom Standpunkt unserer heutigen Auffassung würden letztere unter den Gesichtspunkt der Besitzesstörungen fallen, und kein heutiger Jurist würde im Zweifel sein, ihretwegen das int. uti poss. zu gewähren. Was thun die römischen? Sie erwähnen es nicht einmal als möglich, sondern greifen zu

anderen Klagen: zu dem int. quod vi aut clam, der act. injur. und der act. negatoria. Jemand hat Steine auf das benachbarte Grundstück geworfen; hier wird in l. 15 § 1 quod vi das interd. quod vi aut clam, in l. 44 de injur. die act. injur. gegeben. Er nimmt Immissionen auf das fremde Grundstück vor; hier verweist der Jurist in l. 8 § 5 si serv. (8. 5) auf die act. negatoria, während er, wie eben bemerkt, das interd. uti poss. für die Prohibitionen in Bezug nimmt. Die l. 15 § 31 und l. 20 de injur., welche, wie oben (S. 260) gezeigt, den Fall der eigenmächtigen Beschlagnahme des Vermögens behandeln, würden, da letztere nicht die Aneignung des juristischen Besitzes, sondern lediglich die Innehabung (detentio custodiae causa) zum Zweck hat, eine bloße Besitzesstörung (keine Besitzentziehung) enthalten, das int. uti possidetis der heutigen Lehre zufolge also völlig am Platze sein, aber die beiden Stellen nennen nur die act. injur., nicht das uti possidetis. Ebenso im Fall der l. 23 ibid., bei Betretung des Hauses wider Willen des Eigenthümers. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Aber, wird man mir einwenden, wenn auch die Quellen das Interdict nirgends in Anwendung auf positive Eingriffe in den fremden Besitz erwähnen, es versteht sich nach dem Zweck desselben von selbst. Wenn man den Zweck so faßt, wie es die heutige Doctrin thut, allerdings! Aber wo wird er in den Quellen in dieser Weise bestimmt? Die römischen Juristen nennen einen ganz anderen Zweck, der sich auf die Voraussetzung bezieht: quotiens est inter litigatores proprietatis controversia (l. 1 § 3 Uti poss. 43. 17, § 4 J. de interd. 4. 15 Gaj. IV 148), der Zweck dieser „controversia possessionis", der „exitus" derselben wird in l. 35 de poss. (41. 2) dahin angegeben, daß der Richter erkenne: „uter possideat". Darin liegt, daß das Interdict nur dann am Platz ist, wenn der Gegner sich den Besitz anmaßt, und darum war dasselbe ein duplex, die Fassung: uti possidetis war gerade darauf berechnet, jeder der beiden Parteien die S. 256.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Behauptung des eigenen Besitzes zu ermöglichen, ähnlich wie im alten Proceß die reivind. mit contravindicatio auf die Möglichkeit der beiderseitigen Eigenthumsaneignung. Und diese Möglichkeit war zugleich eine processualische Nothwendigkeit. Gegen einen Gegner, der sich das Eigenthum oder den Besitz gar nicht aneignete, waren die reiv. und das uti poss. von vornherein unanwendbar — wo eine controversia nicht vorlag, wäre es sinnlos gewesen, eine richterliche Untersuchung anzuordnen. Bei dem int. uti poss. konnte daher die Besitzesstörung nur insoweit in Betracht kommen, als darin eine Aneignung des Besitzes gefunden werden konnte, und darum wird in l. 3 § 2 uti poss. (43. 17) der Gesichtspunkt der controversia possessionis herangezogen, um die Zuständigkeit des Interdicts in dem Fall zu rechtfertigen, wenn Jemand den Andern am Bauen hindern will: videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti possessione mea. Wozu dieser Gesichtspunkt, wenn das Interdict die Bestimmung hatte, das Schutzmittel gegen Besitzesstörung zu sein? Dann hätte man umgekehrt mittelst des Gesichtspunktes der Besitzesstörung die Zuständigkeit des Interdicts für die controversia possessionis rechtfertigen müssen. Ganz ebenso wird auch beim interd. utrubi die controversia possessionis als Motiv des Interdicts bezeichnet. In l. 1 § 1 de utrubi (43. 31) heißt es: ut is vincat, qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super
S. 257. hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet, dasselbe wird also nicht gegeben für den Fall: dum in possessione, sondern dum super possessione inquietatur, d. h. wenn der Gegner den Besitz bestreitet, ihn sich selber anmaßt.

Aber in allen Besitzesstörungen ohne Unterschied liegt doch eine vis, und gerade die vis wird ja in beiden Interdicten verboten.

Welche vis? Nicht diejenige, an die wir heutzutage bei

dem interd. uti poss. denken, die vis, die in Eingriffen in die besessene Sache besteht, sondern diejenige, welche sich gegen die Person des Besitzers kehrt. Der Besitzer hat die Befugniß der Behauptung seines Besitzes durch Eigenmacht, und diese Befugniß beschränkt sich nicht bloß darauf, daß er die in seinem körperlichen Besitz befindliche Sache gegen fremde Angriffe und Eingriffe vertheidigen darf — daher bedurfte es nicht erst der obrigkeitlichen Autorisation — sondern sie erstreckt sich auch auf den Fall, daß ein injustus possessor von ihm die Sache in Händen hat, bei beweglichen Sachen sogar auf den Fall, wenn ein bonae fidei possessor die Sache inne hat, aber im letzten Jahre weniger lang besessen hat als er. Gerade für diese Fälle waren die beiden Interdicte: utrubi und uti poss. bestimmt, sie enthielten die legale Autorisation zur Selbsthülfe, das Verbot der vis an den Gegner war nur die Kehrseite dieser positiven Ermächtigung. Es war der altrömische Gedanke der Selbsthülfe, welche, wo die gesetzlichen Voraussetzungen derselben vorlagen, in ältester Zeit den normalen Weg zur Verwirklichung des Rechts abgab. Aehnliche Autorisationen zur Selbsthülfe ertheilte das prätorische Edict in vielen Fällen, ich erinnere z. B. an das Edict in l. 1 pr. ne vis fiat ei, qui in possessionem (43. 4), an die Interdicte in Bezug auf res publica (l. 1 pr. de loc. publ. 43. 9. l. 1 pr. de via publ. 43. 11. l. 1 pr. Ut in fl. 43. 14, l. 1 pr. de ripa 43. 15), an die quasi-possessorischen Interdicte (l. 1 pr. de superf. 43. 18, l. 1 pr. l. 3 § 11 de itin. 43. 19 l. 1 pr. § 29, 38 de aqua 43. 20 u. a. m.).

XXIII Jahrg. Bd. XXIII. S. 258.

In dieser Weise erfaßt, erhält das Verbot der vis beim interd. uti poss. einen ungleich engeren Sinn, als man heutzutage damit zu verbinden pflegt. Nicht alle und jede Vornahmen auf fremdem Grundstücke werden dadurch verboten, nicht die vis, welche, wenn ich mich so ausdrücken darf, bloß die Sache trifft, sondern welche ihre Spitze gegen

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. den *Besitzer* kehrt d. h. den Schluß begründet, daß der Gegner ihn als solchen nicht gelten lassen will. So erklärt es sich, daß die Juristen wegen Vornahmen, welche den Inhalt einer Servitut bilden können, sich also mit Anerkennung des gegnerischen Besitzes vertragen, nicht das int. uti poss., sondern die act. negatoria, und wegen solcher, die es nicht sein können, ebenfalls nicht jenes, sondern die act. injur. geben. Diese Akte involviren keine controversia possessionis, sie machen keine richterliche Untersuchung darüber nöthig: uter possideat, der Eingriff, den der Beklagte hier vorgenommen hat, fällt nicht unter den Gesichtspunkt der vis zur Behauptung des *eigenen* Besitzes. Die versuchte oder thatsächlich beschaffte Aneignung des Besitzes aber ist das Entscheidende, und ich glaube die römische Auffassung des int. uti poss. am besten damit wiedergeben zu können, daß ich sage: letzteres hatte nicht das Dasein des Besitzes, sondern die Frage von der *Legalität* und *Illegalität* der von der einen und andern Seite zum Zwecke der Behauptung des Besitzes vorgenommenen *Selbsthüfe* zum Untersuchungsobject (an vis facta sit contra edictum Gaj. IV 160) ganz so wie unserer oben (S. 280 Note 28) mitgetheilten Ansicht zufolge der alte Vindikationsproceß sich formell nicht um das Dasein des Eigenthums, sondern um die Legalität und Illegalität des zur
S. 259. Geltendmachung desselben erst außergerichtlich vorgenommenen und dann vor Gericht wiederholten solennen Aktes der Selbsthülfe (vindicare) drehte — das uti poss. enthält in dieser Beziehung wie in Bezug auf die Duplicität und die processualische Bestrafung des Unterliegenden *eine Nachbildung der alten reivindicatio* in der Sphäre des Besitzes.

Ist diese Ansicht von der Function des Interdicts die richtige, so war der Schutz, den es dem Besitzer gewährte, ein beschränkter. Zweifellos stand es zu im Fall der Besitzentziehung. Sodann in dem der Prohibitionen; letztere erlitten keine andere Deutung, als daß der Beklagte sich selber

den Besitz zuschrieb. Damit hören aber auch die quellenmäßigen Belege für die Anwendbarkeit des Interdicts auf. In die Lücke, welche dasselbe ließ, griffen, wie oben nachgewiesen, ergänzend das int. quod vi aut clam, die act. negatoria und die act. injur. ein. Bevor die Juristen der letzteren Klage die von uns geschilderte Ausdehnung gaben, war der Schutz des Besitzers kein ganz vollständiger, und man kann daraus ein Argument gegen die von mir hier verfochtene beschränkte Function des int. uti poss. entnehmen. Ich setze diesem Einwande zwei Bemerkungen entgegen. Einmal die der regelmäßigen ökonomischen Bedeutungslosigkeit der Eingriffe, gegen welche die act. injur. bestimmt ist. Das Rechtsgefühl des altrömischen Bauern war nicht so empfindlich, wie unser heutiges und das der späteren römischen Zeit, der Maßstab, unter dem er die unbefugten Vornahmen auf seinem Grundstück würdigte, war lediglich der ökonomische der Vermögensbeschädigung, wofür im Bisherigen Zeugnisse genug beigebracht sind. Zweitens die Bemerkung, daß der mangelhafte Rechtsschutz bis zu einem gewissen Grade ausgeglichen ward durch das dem Besitzer zustehende Recht der thatsächlichen Zurückweisung unbefugter Eingriffe. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

VI. Die injuriöse Rechtsverletzung im Detentionsverhältniß. S. 260.

Die herrschende Lehre geht bekanntlich dahin, daß der Detentor des Besitzesschutzes gänzlich entbehrt, und gerade in dieser Schutzlosigkeit erblickt man das Wesen der Detention und den Unterschied derselben von dem juristischen Besitz. Diese Gestalt der Sache erkennt man auch für das Pacht- und Miethverhältniß an, Pächter und Miether genießen demnach keinen Schutz gegen dritte Personen, derselbe kann ihnen nur mittelbar durch den Verpächter und Vermiether zu Theil werden. Der Grund, auf den man diese Gestalt der Sache

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. zurückführt, besteht in der Annahme, daß die selbständige Stellung, welche der juristische Besitz gewährt, mit der abhängigen Sellung, in der sie sich zum Verpächter und Vermiether befinden, unverträglich sei.

Auch hier tragen wir wiederum etwas in das römische Recht hinein, was demselben fremd ist. Das prätorische Recht hat auf die Superficies und Emphyteusis den Besitzesschutz übertragen, ohne sich dadurch abhalten zu lassen, daß beide contractliche Verhältnisse waren; der Auffassung der Römer ist der Gedanke, daß ein abgeleitetes contractliches Verhältniß zur Sache den Besitzesschutz ausschließe, fremd. Wenn die römischen Juristen in jenen beiden Verhältnissen den juristischen (Sachen- oder Rechts-) Besitz annehmen, so ist dies eine der legislativen, lediglich durch practische Motive veranlaßten Neuerung des Prätors hinterher hinzugefügte theoretische Substruction. In anderen Verhältnissen haben sie derselben nicht zu bedürfen geglaubt. Auch den Gläubigern, welche in das Vermögen des Schuldners immittirt
S. 261. werden, wird ein Besitzrechtsmittel zugestanden: die in l. 1 pr. Ne vis fiat (43. 4) erwähnte act. in factum, welche gleichmäßig die Erlangung wie die Behauptung des Besitzes sicherstellt (l. 1 § 3 ib. non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam eum qui possessione pulsus esset, cum venisset in possessionem), anderen immittirten Personen ein Interdict (l. 3 § 2 ibid., l. 5 § 27 ut in poss. 36. 4). Quintus Mucius Scävola hatte hier Besitz angenommen („inter genera possessionum posuit"), die Ansicht ward aber von der späteren Jurisprudenz als völlig verfehlt („ineptissimum") zurückgewiesen (l. 3 § 23 de poss. 41. 2). Auch dem Pächter eines öffentlichen Platzes war schon im früheren Recht ein Besitzrechtsmittel zugestanden (l. 13 § 7 de injur.: c o n d u c t o r i autem v e t e r e s interdictum dederunt, si forte publice hoc (locum?) conduxit, nam vis ei prohibenda est, quominus

conductione sua fruatur), während demselben nirgends der juristische Besitz zugeschrieben wird. Unsere heutige Ansicht, daß die beiden Begriffe: juristischer Besitz und Besitzesschutz sich decken, findet mithin im römischen Recht keine Unterstützung, und die Erkenntniß der Rechtsstellung des Pächters und Miethers gegenüber dritten Personen wird durch den kahlen Satz, daß sie keinen juristischen Besitz haben, eher verdunkelt als gefördert. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Fassen wir die Rechtsmittel ins Auge, welche ihnen zugestanden wurden, so wird sich zeigen, daß ihre Stellung praktisch eine gänzlich andere war, als man gemeinhin annimmt, und daß dieselbe der des juristischen Besitzes ziemlich nahe kam. Nur das interd. uti poss. wird ihnen abgesprochen. Ist die oben (S. 329) entwickelte Ansicht über die Bedeutung desselben die richtige, so hatte dasselbe für sie gar keinen Sinn und Zweck. Der Rechtsschutz, dessen sie bedurften, ward ihnen in anderer Weise gewährt.

So zunächst durch das interd. quod vi aut clam. Daß S. 262.
dasselbe Schutz gegen Besitzesstörungen in unserem heutigen Sinne gewährte und auch dem Pächter und Miether[60]) zustand, ist oben (S. 294) nachgewiesen. Mochte dasselbe auch an die Voraussetzung eines opus in solo factum gebunden sein, dieser letztere Begriff war weitumfassend genug, um die genannten Personen gegen erheblichere Eingriffe sicherzustellen, es ersetzte sogar bis zum gewissen Grade die act. legis Aquiliae, beziehungsweise die sie vertretende actio in factum[61]). In die Lücke, welche dasselbe offen ließ, griff die act. injur. ein (S. 308). Daß letztere nicht bloß dem Eigenthümer, sondern auch dem Pächter und Miether zugestanden werden

60) Einen Anwendungsfall desselben auf den Miether habe ich in l. 22 § 3 quod vi (43. 24) zu finden geglaubt, Jahrb. XV S. 407 fl. Wie es sich damit auch verhalte, der Anspruch des Miethers auf das Interdict kann nach l. 16 pr. ibid. keinem Zweifel unterliegen.

61) l. 27 § 14 ad leg. Aq. (9. 2); l. 13 pr. quod vi.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. mußte, konnte nicht Gegenstand des Zweifels sein; in Bezug auf einen Fall der Besitzesstörung: den Hausfriedensbruch (domum vi introitam) wird dies in den Quellen ausdrücklich anerkannt[62]). Wegen der vom Felde gestohlenen Früchte stand dem Pächter die bekanntlich lediglich an das Erforderniß eines Interesses geknüpfte act. furti[63]) zu. Fügen wir nun noch hinzu, daß das Edict neben dem interd. de vi quotidiana, welches den juristischen Besitz voraussetzte, noch ein interd. de vi armata kannte, welches auch dem bloßen Detentor zustand[64]), so rundet sich die Rechtsstellung des Pächters und Miethers in einer Weise ab, die der des juri-
S. 268. stischen Besitzers in Wirklichkeit ziemlich nahe kam; sie konnten es schon verschmerzen, daß ihnen der juristische Besitz abgesprochen ward.

Für das Urtheil, welches die moderne Jurisprudenz sich über ihre Rechtsstellung gebildet hat, ist aber die letztere Thatsache maßgebend geworden, der Mangel des juristischen Besitzes erschien ihr gleichbedeutend mit dem des Rechtsschutzes gegen dritte Personen. Um die dadurch hervorgerufene, die berechtigten Interessen des Pächters und Miethers in empfindlichster Weise preisgebende Lücke wiederum auszufüllen, ist sie dann genöthigt gewesen, zwei selbstgeschaffene Rechtsmittel zu Hülfe zu nehmen: die Spolienklage und das Summariissimum. Der Gedanke, der beiden zu Grunde liegt, ist kein anderer als der der injuriösen Rechtsverletzung, wie er von den Römern zuerst im interd. quod vi aut clam des früheren und sodann in der act. injur. des neueren Rechts erfaßt und verwirklicht worden ist — bei richtiger Kenntniß des römischen Rechts hätte man sich dieselben gänzlich sparen

62) l. 5 § 2 de injur.: .. sive in propria sive in conducta; § 4 si dominus fundum locavit inque eum impetus factus sit, colonus aget, non dominus.

63) l. 11, l. 14 § 2, l. 26 § 1 de furt. (47. 2).

64) Keller, Semestria Vol. I p. 324—341.

können. Nachdem dieselben aber einmal ausgebildet worden sind, enthält es eine große Verkehrtheit, ihnen vom Standpunkt der römischen Besitzeslehre ihre Berechtigung zu bestreiten — mit der ächten römischen, nicht durch die moderne Brille betrachteten, davon gänzlich verschiedenen Besitzeslehre haben sie ganz so viel und so wenig zu schaffen wie das interd. quod vi aut clam und die act. injur., sie gehören gleich letzteren dem von der Annahme des juristischen Besitzes gänzlich unabhängigen Gedanken an, daß das Recht die Person gegen injuriöse Eingriffe in ihre thatsächlichen Beziehungen zur Sache zu schützen habe — es ist der Gedanke, auf den manche neueren Juristen, wie z. B. Puchta und Bruns fälschlich die ganze römische Besitztheorie haben gründen wollen, und der für letztere paßt wie die Faust auf das Auge. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

VII. Function der Injurienklage nach römischem Recht und heutige Anwendbarkeit derselben. S. 264.

Die act. injur. aestimatoria des prätorischen Edicts ging bekanntlich auf Zuerkennung einer von der Partei in Vorschlag gebrachten, von dem Richter nach Befund der Umstände zu bemessenden Geldsumme, welche dem Kläger für die erlittene Kränkung Satisfaction gewähren sollte (quantam pecuniam bonum et aequum videbitur l. 17 § 2 de injur.). Für die ursprüngliche d. i. die abstracte Function der Injurienklage (S. 240), reichte diese Geldcondemnation vollkommen aus, ebenso in manchen der im Bisherigen von uns aufgeführten Fälle. Aber keineswegs in allen. Wenn der Käufer im Fall der l. 25 de act. emt. (19. 1): „si rem suam tollere prohibeatur" zur actio injur. greift statt zur act. ad exhibendum, so ist es ihm darum zu thum, daß der Richter den Beklagten zwingen soll, das Holen der Sache zu verstatten. Unmöglich hätte der Jurist beide Klagen auf eine Linie stellen können, wenn sie nicht gleich-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. mäßig für diesen Zweck geeignet gewesen wären; der Richter muß also bei beiden die Macht besessen haben, den Beklagten zur Verstattung des Holens zu zwingen. Bei der act. ad exhibendum war ihm diese Befugniß durch den Zusatz in der Formel: si arbitratu tuo non exhibebitur ausdrücklich eingeräumt, er hatte die Mittel in Händen, durch Androhung einer beliebig hohen Straffumme seinem Befehl (arbitrium) Nachdruck zu verschaffen. Die act. injur. gehörte aber nicht zu den actiones arbitrariae, formell war der Richter nur ermächtigt zur condemnatio auf Geld, nicht zur Erlassung eines Zwischenbescheides. Angenommen nun, daß diese formelle Beschränktheit der Klage für die Art, wie der Richter
S. 265. den Rechtsstreit im obigen Fall regeln sollte, maßgebend gewesen wäre, so hätte er entweder sich lediglich auf den Gesichtspunkt der Injurie beschränken d. h. dem Kläger für den ungerechtfertigten Eingriff in sein Recht ein Geldäquivalent zusprechen, ihn aber in Bezug auf die reale Erlangung der Sache auf eine andere Klage: die act. ad exhibendum verweisen müssen, was zu der Stelle (ad exhibendum vel injuriarum) nicht paßt, oder er hätte seine Anweisung, die Injurie zu ästimiren, auch auf den Geldwerth der Sache ausdehnen müssen, womit er mittelbar zugleich dem Verkäufer das Recht, die Sache zu behalten, zugesprochen und die Verpflichtung übernommen hätte, denselben gegen die Anstellung der dem Kläger als Eigenthümer verbleibenden reivindicatio gegen ihn oder seine Nachfolger durch Cautionen sicher zu stellen. Diese Annahme erscheint mir ebenso ausgeschlossen, wie die erstere, und ich gelange dadurch zu dem Resultat, daß die Injurienklage praktisch dem Kläger zu demselben Erfolg verholfen habe, wie die act. ad exhibendum.

Aber wie konnte sie es processualisch? Nimmt man an, daß der römische Richter bei allen nicht zur Klasse der actiones arbitrariae gehörenden Klagen im Laufe des Processes keinen Befehl an die Parteien habe ergehen lassen können, so

wäre jener Erfolg der Klage allerdings ausgeschlossen gewe- XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
sen. Aber die Römer waren zu verständig, um dem Richter in dieser Weise die Hände zu binden, selbst bei den actiones stricti juris hatte er eine weiter reichende Befugniß. Auch bei ihnen durfte er Zwischenbescheide erlassen, welche durch das Interesse der angemessenen Erledigung der Sache gebotenen waren, so z. B. Cautionen auferlegen[65]. Derartige Fragen, welche im Laufe des Processes vom Richter zu erledigen waren, bezeichnet Marcellus in l. 38 pr. Mand. (17. S. 266.
1) als earum specierum judicialis quaestio, per quam res expeditur, für welchen letzteren Ausdruck, der sich auch sonst wiederholt (sowohl in Anwendung auf den judex z. B. in l. 5 pr. de V. O. [45. 1]: si aliter res expediri non potest), als in Anwendung auf den Magistrat z. B. l. 1 de auct. [26. 8]; l. 9 § 3 de off. Proc. [1. 16] de plano expedire), anderwärts explicari vorkommt (ebenfalls sowohl in Anwendung auf den judex, so z. B. in l. 16 § 3 de pign. [20. 1]: solet cautionibus res explicari, als in Anwendung auf den Magistrat l. 2 de jurisd. 2. 1). In Bezug auf alle diese „expediendae" oder „explicandae rei causa" erlassenen Auflagen besaß der Richter, wenn ihm auch ein directes Zwangsrecht nicht zustand, doch ein ganz wirsames Mittel, seinem Befehl Nachachtung zu verschaffen: die Bedrohung des Beklagten mit einer für den Fall der fortdauernden Widersetzlichkeit in Aussicht genommenen Condemnationssumme von einem so hohen Betrage, daß derselbe thöricht hätte sein müssen, auf seinem Trotz zu beharren.

---

65) Beispiele in l. 5 § 2, 3 de cond. c. d. (12. 4) (condictio causa data causa non secuta), l. 47 § 2 de leg. I (30) (act. legati). l. 7 i. f. de ann. leg. (33. 1) sed interventu judicis haec omnia . . . debent ad effectum perduci. l. 44 de man. (40. 4) officio tamen judicis esse compellendos testatricis jussioni parere.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Durch Anwendung dieses Mittels, ohne welches die Incidentverfügungen des Richters rein illusorich gewesen wären, konnte derselbe auch im Falle der Injurienklage, bei der die Fixirung der Condemnationssumme ganz seinem freien Ermessen überlassen war, die Befolgung der dem Beklagten gemachten Auflagen erzwingen, so also im Fall der l. 25 cit. die Duldung des Holens der Sache, im Fall der l. 15 § 31 und l. 20 de injur. die Aufgabe der eigenmächtigen Beschlagnahme, wobei er dann den Beklagten ganz ebenso wie in allen anderen Fällen daneben noch für die begangene Rechtskränkung in die ihm gut scheinende persönliche Satisfactions-
S. 267. summe verurtheilte. Die Klage übte also, wenn wir es kurz ausdrücken wollen, neben dem Satisfactionseffect noch den Restitutionseffect aus.

Zu diesen beiden Functionen gesellte sich dann noch in Fällen, wo es angebracht war, z. B. bei Uebergriffen in nachbarlichen Verhältnissen der Prohibitionseffect in Bezug auf die Wiederholung der Handlung in der Zukunft. Die processualische Form der Sicherung eines richterlichen Verbots für die Zukunft bestand bekanntlich in der Auflage einer Caution, wodurch die Partei, der sie auferlegt wurde, für jeden Fall des Zuwiderhandelns eine Strafsumme versprach. Daß dieselbe, wie bei allen anderen Klagen: den in rem actiones, den bonae fidei und stricti juris actiones, so auch bei den Delictsklagen, folgeweise auch bei der act. injur. möglich war, zeigt die l. 27 § 14 ad leg. Aq. (9, 2), wo sie bei Gelegenheit der die act. legis Aquiliae ersetzenden act. in factum in Anwendung gebracht wird.

Unser Resultat ist also, daß die act. injur. dem Richter die volle Befugniß gewährte, der injuriösen Rechtsverletzung gegenüber die Anforderungen des Rechtsgefühls vollauf zu verwirklichen; Genugthuung für die persönliche Kränkung — Herstellung des dem klägerischen Recht entsprechenden thatsächlichen Zustandes —

Sicherung gegen Wiederholung der Rechtseingriffe in der Zukunft. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Wie steht es nun mit dieser Klage in unserm heutigen Recht? Ist dieselbe etwa durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich im vierzehnten Abschnitt über Beleidigung (§ 185—200) beseitigt? Dies ist die Ansicht mancher Schriftsteller[66]), die ich aber nicht theilen kann. Das Gesetz hat meines Erachtens nur die abstracte Injurie, S. 268. wie ich sie oben (S. 241) nannte, im Auge, nicht die concrete, es spricht nur von Beleidigung, worunter sich die injuriösen Rechtsverletzungen im obigen Sinn d. i. Eingriffe in die concrete Rechtssphäre eines Andern nicht verstehen lassen, und für die es auch bei uns ganz desselben civilrechtlichen Rechtsschutzes bedarf wie bei den Römern.

Letzteres wäre schwerlich übersehen worden, wenn man nicht fälschlicherweise die Function der Injurienklage andern Klagen aufgebürdet hätte, die nach richtiger Ansicht damit gar nichts zu schaffen haben. Ich meine damit die act. negatoria und das interdictum uti possidetis, mittelst deren nach der gangbaren Lehre (S. 272 u. 301) alle Eingriffe in den Besitz und das Eigenthum bei unbeweglichen Sachen zurückgewiesen werden können, einerlei welcher Art sie sind. Scheinbar hat damit die moderne Jurisprudenz wie es scheint, für die beiden genannten Klagen nur dasselbe gethan wie die römische mittelst Uebertragung der Function der Injurienklage auf die Contractsklage (S. 288). Allein in Wirklichkeit steht der Fall anders. Die Contractsklage erfaßt grundsätzlich

66) So Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II § 472, Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 476 ff., Wächter, der sie in seinen Pandekten gar nicht mehr behandelt, die Herausgeber von Arndts Pandekten Aufl. 11: Pfaff und Hofmann § 339 („das RStf.G.B. übergeht diese Klagen mit Stillschweigen und hat sie damit wohl beseitigt"). Brinz, Lehrbuch der Pandekten Aufl. 2, B. II Abth. 1 § 338. Baron, Pandekten Aufl. 3 § 321.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. alles und jedes Unrecht, das im contractlichen Verhältniß begangen wird. Nicht so beim Eigenthum die reivindicatio und die actio negatoria. Erstere ist nur am Platz, wo das Eigenthum bestritten, oder wo demselben ein Recht (dingliches oder obligatorisches) des Beklagten entgegengesetzt wird; wo keins von beiden zutrifft, also im Fall der schnöden Vor-
S. 269. enthaltung (l. 25 de act. emt. 19. 1), wo ein Streit über die Berechtigung des Klägers oder Beklagten ganz undenkbar ist, würde kein römischer Jurist auf den Gedanken verfallen sein, zum Zweck der Erzwingung der Herausgabe der Sache die reivindicatio heranzuziehen. Ganz ebenso verhält es sich mit der act. negatoria, wo ein „jus mihi esse" von Seiten des Beklagten gar nicht behauptet ward oder nach Art der Handlung gar nicht behauptet werden konnte (S. 271), und nicht minder auch mit dem interd. uti possidetis, wo dem Beklagten die Prätension des eigenen Besitzes fern lag, kurz die genannten Klagen sehen nicht eine einfache Verletzung des klägerischen Rechts, sondern eine Bestreitung desselben vor, letztere bildete die conditio sine qua non der Einleitung des richterlichen Verfahrens.

Aber so sehr unsere heutige Jurisprudenz bei Ausdehnung jener Klagen über das römische Recht hinausgegangen ist, so wenig habe ich doch gegen die Ausdehnung als solche einzuwenden, man erkenne nur offen und ehrlich an, daß sie sich dabei wie bei so manchen andern Punkten vom römischen Recht losgesagt hat.

Mag also immerhin die Injurienklage in dieser Richtung, da sie in der angegebenen Weise ersetzt ist, für uns hinwegfallen, es verbleibt für sie gleichwohl noch ein so reiches Anwendungsgebiet, daß die Beseitigung derselben durch unser Strafgesetzbuch, wenn sie in Wirklichkeit zugegeben werden müßte, eine wahrhaft unerträgliche Lücke in unserm Recht begründen würde. Hätte man sich dieselbe vergegenwärtigt, man würde die act. injur. schwerlich so leicht preisgegeben

haben. Allerdings sind manche der Anwendungsfälle, die ich XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
oben aufgeführt habe, von so geringem Belange, daß bei ihnen kaum Jemand auf den Gedanken verfallen wird, den Rechtsweg zu beschreiten, sie gehören zur Klasse der Rechtsfälle meiner „Jurisprudenz des täglichen Lebens" d. h. derjenigen, die, so brauchbar sie auch für didaktische Zwecke sind, S. 270.
doch in den seltensten Fällen Gegenstand richterlicher Entscheidung werden[67]). Aber das Recht muß die rechtliche Möglichkeit der Erhebung einer Klage selbst in diesen Fällen offen halten. Zu ihnen gesellen sich dann aber noch andere hinzu, in denen das Bedürfniß eines Rechtsschutzes auch von demjenigen nicht bestritten werden wird, der über jene Fälle noch so leicht hinweggehen mag; die bisherige Darstellung hat uns schon manche derselben kennen lernen lassen. Die folgende Darstellung wird eine Reihe anderer hinzufügen, die zum größten Theil mit Einrichtungen und Verhältnissen unseres heutigen Lebens zusammenhängen, welche den Römern unbekannt waren. Unsere heutige Jurisprudenz darf sich der Aufgabe nicht entziehen, sich mit ihnen auseinander zu setzen; es wird sich zeigen, daß unsere Theorie der act. injur. die Möglichkeit dazu gewährt.

Ich lehne die Betrachtung dieser Fälle an vier Verhältnisse des römischen Rechts an, bei denen wir der Klage im Bisherigen begegnet sind; den usus publicus (VIII), das Nachbarverhältniß (IX), das Eigenthum (X), die Obligation (XI).

VIII. Der usus publicus.

Das Gebiet des usus publicus und damit auch die Möglichkeit der Begehung einer injuriösen Rechtsverletzung

67) S. darüber das Vorwort zu meiner „Jurisprudenz des täglichen Lebens", Aufl. 5, Jena 1883.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. durch Verhinderung desselben ist in unserm heutigen Rechte durch eine Menge von modernen Einrichtungen beträchtlich erweitert worden. Wir kennen Anstalten, die den Römern
S. 271. unbekannt waren, deren Benutzung, sei es unentgeltlich, sei es gegen Entgelt, Jedem ebenso frei steht, wie in Rom die der res publicae.

Zur ersteren Klasse gehören die öffentlichen Sammlungen: Gemäldegallerien, Museen, Bibliotheken, welche stiftungsmäßig Jedem geöffnet sein sollen, an denen also ein usus publicus nicht bloß factisch, sondern rechtlich besteht. Die Zurückweisung einer einzelnen Person, welche nicht etwa aus Gründen des öffentlichen Anstandes (z. B. Betrunkenheit) gerechtfertigt ist, würde hier unter denselben Gesichtspunkt der injuriösen Rechtsverletzung fallen, den die Römer für das arcere in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare (l. 2 § 9 Ne quid in l. publ. 43. 8) geltend machen. Auch die völlig grundlose Zurückweisung eines Wahlberechtigten von der Wahlurne würde als schnöde Mißachtung eines jus publicum privatrechtlich mit der act. injur. verfolgt werden können. Den Gegensatz zu dem Rechte des usus publicus bildet das Verhältniß der bloßen Thatsächlichkeit, wie es bei Sammlungen vorkommt, welche sich im Privateigenthum befinden, oder bei Gärten, Parks u. s. w., welche dem Publikum geöffnet sind. Hier enthält die Zurückweisung des Einzelnen keine injuriöse Rechtsverletzung, da es an dem Recht auf Benutzung fehlt.

Zur zweiten Klasse d. i. der gegen Entrichtung eines Entgelts dem Publikum zur Verfügung gestellten Anstalten gehören die öffentlichen Transport- und Communicationsanstalten: Eisenbahnen, Dampfschiffe, Posten, Tramwaybahnen, Telegraphen, Telephone. Für die Frage, ob die willkürliche d. i. durch Anstandsrücksichten nicht gerechtfertigte Zurückweisung einer einzelnen Person hier die Injurienklage

begründe, ist derselbe Gegensatz maßgebend, wie in dem obigen XXIII. Jahrg Bd. XXIII.
Verhältniß, nämlich der, ob die öffentliche Benutzung unter
den Gesichtspunkt eines *Rechts* oder einer bloßen *That*- S. 272.
sache fällt. Die Beantwortung dieser Frage ist hier nicht so leicht, wie dort, wo bei öffentlichen Sammlungen der Stiftungsbrief oder die Statuten, und bei Privatsammlungen das Privateigenthum einen genügenden Anhaltspunkt bieten, während es hier an rechtlichen Anhaltspunkten vielfach gänzlich fehlt. Ich brauche nicht zu bemerken, daß ich diese Frage in diesem Zusammenhange nicht eingehend behandeln kann, sie gehört zu den Fragen, welche über das Recht und die Jurisprudenz eines einzelnen Landes hinausgehen und sich nur auf Grund der Gesetzgebung und Rechtsprechung aller Länder mit Erfolg behandeln lassen. In jüngster Zeit ist dieselbe mit besonderer Bezugnahme auf die Frage von dem Privatrecht auf Benutzung der öffentlichen Telephonanstalten von *Meili*, das Telephonrecht, Leipzig, 1885, S. 152—175 aufgeworfen und in beachtenswerther Weise behandelt worden. Sie spitzt sich juristisch in die Frage zu: besteht für jene öffentlichen Anstalten ein *Contrahirungszwang*? In Bezug auf die Benutzung der Telegraphen ist dieser Contrahierungszwang in den meisten Ländern bereits gesetzlich anerkannt[68]), speciell für das Deutsche Reich durch die Telegraphenordnung vom 13. Aug. 1880 I: „Die Benutzung der für den öffentlichen Verkehr bestimmten Telegraphen steht Jedermann zu". In Bezug auf die Benutzung von Posten und Eisenbahnen haben sich bei uns bereits manche Stimmen für
den Contrahirungszwang vernehmen lassen[69]), in Bezug auf S. 273.

68) S. *Meili* S. 156, 157: Frankreich, England, Holland, die Schweiz, Rußland.

69) Die bei *Meili* S. 153 Genannten. Die dort erwähnte Annahme eines stillschweigenden Vorvertrages mit dem ganzen Publikum halte ich weder für nöthig, noch für gelungen, man könnte ebenso gut für das Expropriationsrecht des Staats ein pactum de vendendo in Be-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. das Frachtgeschäft mit den Eisenbahnen ist er im H.G.B. Art. 422 ausdrücklich anerkannt. Es läßt sich voraussehen, daß in nicht gar langer Zeit für alle staatlichen oder staatlich concessionirten derartigen Anstalten der Contrahirungszwang in allen Ländern anerkannt sein wird. Derselbe bildet das Correlat des ihnen gewährten Monopols. Ohne die Statuirung dieses Zwanges würde, wie der genannte Schriftsteller mit Recht bemerkt (S. 161), die öffentliche Zweckbestimmung eines derartigen Verkehrsinstituts vollständig vereitelt, und ich stimme ihm vollkommen bei, wenn er den Satz aufstellt, (S. 163): „Jedermann hat einen invidueIlen Anspruch und daher ein auf Erfüllung der den öffentlichen Anstalten obliegenden Verpflichtungen gerichtetes Privatrecht." Für diese Anstalten, welche bei der heutigen Gestaltung des Verkehrswesens in Bezug auf ihre Unentbehrlichkeit auf einer Linie mit den res publicae der Römer stehen, gilt ganz derselbe Grundsatz, den die römischen Juristen für letztere aufstellen; es findet an ihnen ein rechtlich geschützter usus publicus Statt. Daraus ergiebt sich die Anwendbarkeit und zugleich die Unentbehrlichkeit der act. injur. im Fall grundloser Versagung der Benutzung jener Anstalten nach Maßgabe der l. 13 § 7 de injur.

Damit aber soll selbstverständlich die Befugniß der Staatsgewalt, die Benutzung dieser Anstalten aus Gründen des öffentlichen Wohls an Beschränkungen zu knüpfen, nicht in Abrede gestellt werden. So wie sie befugt ist, zur Zeit des Aufstandes, einer Feuerbrunst, eines Krieges, die Straßen oder bei Strombauten die Ströme zu sperren, so darf sie es auch in Bezug auf die Transport- und Communicationsanstalten. Die
S. 274. Frage, ob sie wohlthut, ein schlechthinniges Recht in Bezug

zug auf sämmtliche Unterthanen zu Hülfe nehmen. Die für ein gewisses Verhältniß oder für eine gewisse Klasse von Personen, z. B. Apotheker gesetzlich ausgesprochene Verpflichtung reicht vollkommen aus, um die Klage eines Jeden, der dieselbe geltend machen will, rechtlich zu begründen.

auf die Benutzung der Telephoneinrichtungen anzuerkennen, XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
dürfte nach den Erfahrungen, die man neuerdings bei der Berliner Börse in Bezug auf den Mißbrauch derselben von Seiten der nicht zum Erscheinen auf derselben berechtigten Personen gemacht hat, zur Entscheidung noch nicht reif sein, es bedarf bei diesem noch so jungen Communicationsmittel noch längerer Erfahrungen, um die Grundsätze festzustellen, nach denen das Recht auf Benutzung desselben zu regeln ist. Wenn Meili in seiner Schrift ein solches schlechthinniges Recht behauptet, so stimme ich darin ganz mit ihm überein, daß eine rein chikanöse Vorenthaltung desselben gegenüber einer einzelnen Person dem Sinne der Einrichtung widerstrebt, aber er seinerseits dürfte schwerlich Einschränkungen ablehnen, welche den Gefahren, welche diese Einrichtung mit sich führen kann, und die sich zur Zeit noch nicht gänzlich übersehen lassen, vorbeugen sollen. So lange dieses Probestadium noch nicht abgelaufen ist, wird es wohlgethan sein, die Verwaltung in ihrer Freiheit durch gesetzliche Bestimmungen nicht einzuengen und ihr das Kündigungsrecht gegenüber einzelnen Abonnenten nicht abzusprechen.

Den genannten öffentlichen Anstalten steht eine große Menge anderer gegenüber, bei denen die öffentliche Benutzung nur den Charakter des Thatsächlichen an sich trägt, bei denen also Niemand ein Recht in Anspruch nehmen kann. Die Post, die Eisenbahn, die Tramway-Unternehmung darf keinen Passagier ohne gerechtfertigten Grund zurückweisen, der Gastwirth, der einen Omnibus an die Eisenbahn schickt, darf es. Nach richtiger Ansicht begründet die öffentlich, sei es thatsächlich, sei es ausdrücklich erklärte Geneigtheit zum Contrahiren noch keinen Contrahirungszwang. Der Kaufmann, der Handwerker, der Gastwirth, welche ihre Dienste dem Publikum zur Verfügung stellen, können das Contrahiren mit einer einzelnen Person ablehnen, sie haben die Ankündigungen S. 275.
lediglich in *ihrem* Interesse erlassen. Die Anstalten der

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. obigen Art dagegen sind bestimmt, nicht bloß dem Interesse des Unternehmers, sondern auch dem des Publikums zu dienen für sie besteht nicht bloß ein Recht, sondern eine Pflicht zum Betriebe, keine derselben kann beliebig den Betrieb einstellen. Der Kaufmann, Handwerker dagegen kann das Lokal schließen, der Gastwirth den Omnibus zu Hause lassen. Der Umstand, daß der Betrieb mancher Geschäfte eine polizeiliche Concession erforderlich macht, ändert daran nichts, insofern die Concession nicht zugleich eine Pflicht auferlegt, wie es z. B. bei Trajecten über einen Fluß, bei Apotheken, bei Gastwirthschaften in einsamen Gegenden auf den Alpenpässen in der Schweiz der Fall ist. Die Zurückweisung eines Gastes, der Aufnahme begehrt, einer Person oder eines Fuhrwerkes, welches den Traject benutzen will, oder eines Kunden, der ein Recept bringt, würde hier neben den polizeilichen Folgen noch die privatrechtliche der act. injur. begründen, was für den Zurückgewiesenen nicht ohne Werth ist, da er nur auf diesem Wege einen Ersatz für die ausgestandenen Mühen und Beschwerlichkeiten und verursachten Weiterungen erhält, während die erkannte Polizeistrafe ihm nicht zu gute kommt. Abgesehen von dieser bei Ertheilung der Conzession ausdrücklich auferlegten Pflicht zum Contrahiren ist aber ein Contrahirungszwang nicht anzunehmen.

Die hier vertheidigte Unverbindlichkeit öffentlicher Aufforderungen gilt auch von öffentlichen Vereinen, welche Jeden zum Beitritt auffordern, selbst wenn Beschränkungen in Bezug auf die Eigenschaften des Aufzunehmenden in der Ankündigung nicht hinzugefügt sind. Würde die Auffassung des Lebens über eine derartige Ausschließung für die juristische Beurtheilung maßgebend sein, so müßte man darin eine Injurie
S. 276. erblicken, allein dann müßte man sehr viele Fälle unter denselben Gesichtspunkt bringen, z. B. auch den, wenn Jemand, der sich zur Aufnahme in eine geschlossene Gesellschaft meldet, beim Ballottement durchfällt, wenn Jemandem die Liste zur

Theilnahme an einem Balle nicht zugestellt wird, selbst das XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
Uebergehen Jemandes bei der Einladung zu einer Privatgesellschaft kann unter Umständen eine Zurücksetzung enthalten, die ihn in den Augen des Publikums mit einem Makel belegt. Gegen derartige bloß sociale Ehrenkränkungen kann und soll das Recht keine Hülfe gewähren, letzteres kann sich nur durch den Gesichtspunkt leiten lassen, ob durch die Ausschließung ein Anspruch rechtlicher Art verletzt worden ist. So lange man aber sich nicht zu dem Satze versteht, daß öffentliche Aufforderungen zur allgemeinen Theilnahme eine Pflicht auf Zulassung jedes sich Meldenden begründen, ist ein Recht auf der anderen Seite und damit auch eine Injurienklage wegen Verletzung desselben nicht zu begründen.

Ein Verhältniß, bei dem die Frage vom Contrahirungszwange aus Veranlassung eines besonderen Falls in neuester Zeit Gegenstand der Besprechung in öffentlichen Blättern geworden ist, sind die Theaterunternehmungen. Dem Berichterstatter über die Aufführungen eines der Berliner Theater, dessen abfällige Kritiken die Mißstimmung der Direction erregt hatten, wurde an der Kasse von dem Billeteur die Lösung eines Billets mit dem Bemerken vorenthalten, daß die Direction untersagt habe, ihm fernerhin ein Billet zu verabfolgen —, eine Maßregel, die selbstverständlich als solche gar keinen Erfolg hatte, da er sich durch einen Bekannten das gewünschte Billet lösen ließ, und zu der sich dann als fernere noch die hinzugesellte, daß ihm auch auf Grund desselben der Eintritt in das Theater vom Dienstpersonal verwehrt wurde. Der Vorfall ward in der Zeitung, in die er seine Berichte erstattete, mitgetheilt und damit die Aufforderuug an die Juristen verbunden, ihre rechtliche Ansicht darüber auszusprechen. Ich S. 277
werde die Frage, ob die Direction berechtigt war, ihm den Eintritt auf Grund des nicht von ihm selber, sondern von einem Andern gelösten Billets zu verwehren, bei Gelegenheit der injuriösen Rechtsverletzung im obligatorischen Verhältniß

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. (N°. XI) beantworten, an der gegenwärtigen Stelle handelt es sich nur um die: ob sie berechtigt war, ihm das gewünschte Billet vorzuenthalten. Meiner Ansicht nach kann die Antwort nur bejahend ausfallen. Der Umstand, daß die Theaterbillets auf den Theaterzetteln ohne Einschränkung zum Verkauf ausgeboten werden, begründet ebenso wenig eine Verpflichtung wie die öffentliche Ankündigung des Kaufmanns oder des Handwerkers, der seine Waaren oder Dienste feil bietet. Auch die der Theaterunternehmung ertheilte Concession kann dem Obigen nach nichts daran ändern; sie würde es nur dann vermögen, wenn eine derartige Verpflichtung darin ausdrücklich auferlegt worden wäre, was schwerlich irgendwo geschehen wird und auch höchst verkehrt sein würde. Mag man den bildenden Werth der Theater auch noch so hoch anschlagen und in ihnen nationale Erziehungsanstalten ersten Ranges erblicken, das eigene Interesse der Unternehmung bürgt hinlänglich dafür, daß sie diese Quelle der Bildung Jedem, der sich ihrer bedienen will, offen halten, und die Auferlegung einer Verpflichtung nach Art der im Privatbesitz befindlichen Transportanstalten: Eisenbahnen-, Tramway-, Dampfschiff-, Fuhrschiffverbindungen sei es zum geregelten Betriebe, sei es zum Contrahiren, würde den Zweck mehr gefährden als fördern; sie gedeihen am besten bei völliger Freiheit.

Dasselbe, was hier für die Theater behauptet ist, gilt für alle öffentlichen Aufführungen: Concerte, Vorträge u. s. w., einerlei, ob sie von Individuen oder von Vereinen veranstaltet werden; Niemand hat ein Recht auf Lösung eines
S. 278. Billets, die Vorenthaltung desselben kann daher auch keine Injurie begründen.

Dagegen findet der Gesichtspunkt eines Rechts und damit auch die act. injur. wegen grundloser Vorenthaltung desselben noch bei einem andern modernen Verhältniß Anwendung, nämlich bei Corporationen und Stiftungen in Bezug auf die den einzelnen Individuen (Destinatäre, Beneficiaten), statuten- oder stiftungsmäßig zustehende Rechte.

Alle Sachen, welche bei wissenschaftlichen, künstlerischen, XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. geselligen Vereinen statutenmäßig der Benutzung der Mitglieder überwiesen sind: das Versammlungslokal, die ausliegenden Zeitungen, die Bibliothek stehen juristisch auf einer und derselben Linie mit den res publicae der Römer, innerhalb dieses engeren Kreises der Vereinsmitglieder sind dieselben „res publico usui destinatae" und dieses Bestimmungsverhältniß ist nicht bloß factischer, sondern rechtlicher Art. Jeder hat ein statutenmäßiges Recht auf ihre Benutzung, für das ihm mithin im Fall der verhinderten Ausübung auch eine Klage zustehen muß. Welche? In meinem Geist des römischen Rechts (III, 1 S. 343 Anm. 467) hatte ich in richtiger Erkenntniß der materiellen juristischen Gleichheit des Verhältnisses dafür die Analogie der römischen actio popularis in Bezug genommen, allein die letztere Klage paßt nicht, sie trifft nur für eigenmächtige thatsächliche Vornahmen an res publicae zu, durch welche der usus publicus beeinträchtigt wird, und kann nur darauf gerichtet werden, daß der Richter sie verbiete oder rückgängig mache (interd. prohibitoria und restitutoria), auf den Fall der persönlichen Verhinderung an der Ausübung des jus publicum findet sie keine Anwendung, für diesen Fall verweisen die römischen Juristen ausschließlich auf die act. injur. In derselben Function wird daher diese Klage im obigen Verhältniß zu geben sein, also z. B. wenn der Vorstand einem S. 279. Mitgliede das Betreten des Lokals untersagen, die Benutzung der Bibliothek vorenthalten wollte. Darin würde derselbe schnöde Eingriff in das dem Mitglied statutenmäßig zustehende Recht enthalten sein, wie in dem Verbot der Benutzung der res publicae in das des römischen Bürgers. Den Charakter des letzteren Rechts habe ich an dem angegebenen Ort (S. 349) mit dem Ausdruck: Gemein- oder Gesammtrecht im Gegensatz des Individualrechts wiedergegeben. Unter denselben Begriff sind die statutenmäßigen Rechte der Mitglieder

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. eines Vereins zu bringen, ihre Stellung zu den res publicae desselben ist rechtlich ganz dieselbe wie die der römischen Staatsangehörigen zu den res publicae im römischen Sinn. Demgemäß kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Rechtsschutz in diesem Verhältniß durch die act. injur. zu vermitteln ist.

Bei Vereinen, welche der Form der juristischen Person nicht theilhaftig sind, würde bei der Vorenthaltung der Ausübung statutenmäßiger Rechte ebenfalls die act. injur. am Platze sein, nur daß hier als rechtliche Basis derselben nicht das Verhältniß an den res publicae des Vereins (da dasselbe dadurch ausgeschlossen ist, daß das Eigenthum nicht der juristischen Person, sondern den Einzelnen zusteht), sondern der Vertrag in Bezug zu nehmen wäre.

Auch bei der zweiten Art der juristischen Person: den Stiftungen kann die act. injur. Anwendung finden und zwar nicht bloß in dem Fall, der bereits oben (S. 344) besprochen ist, wenn sie öffentliche im eigentlichen Sinn d. h. dem allgemeinen Gebrauch schlechthin überwiesen sind, wie die öffentlichen Gemäldegallerien, Bibliotheken u. s. w., sondern auch in dem, wenn sie geschlossene sind, wie ich sie nennen möchte, d. h. solche, deren stiftungsmäßige Verwendung für den Einzelnen (Beneficiaten) einen besonderen Akt der
S. 280. Aufnahme oder Zuweisung erfordert, wie z. B. Hospitäler, Armenhäuser, Waisenhäuser, Stiftungen für Wittwen, Stipendien für Studierende u. s. w. Regelmäßig ist die Aufnahme oder Zuweisung, wenn auch im Stiftungsbriefe regelmentarisch geregelt, doch nur Sache der Verwaltung, und hier gibt es gegen die Verweigerung derselben keine Rechtshülfe, sondern nur den Weg der Vorstellung oder der Beschwerde bei der Oberbehörde. Es können aber auch die Bedingungen der Aufnahme durch den Stiftungsbrief so genau geregelt sein, wie es z. B. bei manchen Familienstiftungen für Wittwen oder Familienstipendien für Studierende der Fall ist, daß nach

Absicht des Stifters bei Vorhandensein derselben der betref- XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
fenden Person ein jus quaesitum zustehen soll. In diesem Fall begründet die Vorenthaltung zweifellos die act. injur.; es ist ein Act der reinen, nackten Willkür, der schnöden Mißachtung eines klaren Rechts, und gegen solche Akte soll eben diese Klage einen Schutz gewähren.

IX. Das Nachbarverhältniß.

Dasselbe factische Verhältniß wie unter mehreren Grundnachbarn wiederholt sich unter mehreren Bewohnern desselben Hauses. Wie jenes, so kann auch dieses zu Störungen, Eingriffen, Übergriffen aller Art Veranlassung geben, welche dem dadurch Betroffenen das Leben in nicht geringerer Weise verleiden können, als in jenem Verhältniß, und gegen die es in nicht minderem Grade des Rechtsschutzes bedarf wie dort. Stehen beide Parteien in contractlichem Verhältniß, sind es lediglich der Miether und Vermiether, zwischen denen die Sache sich abspielt, so kann man sie auf die Contractsklage verweisen. Sind es dagegen verschiedene Miether, so bietet das Contractsverhältniß, in dem beide zum Vermiether stehen, S. 281.
allerdings ebenfalls eine juristische Handhabe dar, um durch Vermittlung des Vermiethers den Übergriffen, Störungen des einen Miethers Einhalt zu thun. Allein dieser Weg ist ein höchst unvollkommener. Denken wir uns, daß der Vermiether gar nicht am Orte wohnt oder sich auf weiten Reisen befindet, oder daß er es ablehnt, sich einzumischen. Welche Weitläufigkeiten und welcher Aufschub, bis die Sache auf diese Weise geregelt wird! Inzwischen setzt die eine Partei ruhig ihr Unwesen und ihren Unfug fort, veranstaltet musikalische Unterhaltungen und Bälle bis tief in die Nacht hinein, der Bewohner der obern Etage schüttet Wasser und Kehricht auf den Vorplatz der andern Etage, der der unteren revanchirt sich, indem er die Hausthüre zuriegelt, anstatt sie zu verschließen

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. u. s. w. In manchen dieser Fälle, wo es sich um nächtliche Ruhestörung handelt, mag das Anrufen und Einschreiten der Polizei Hülfe bringen, und es verdient alle Anerkennung, daß in jüngster Zeit der Magistrat in Bamberg den Amtsanwalt beauftragt hat, in allen Fällen des Clavierspielens in der Nacht auf Grund des St.G.B. § 360, 11 („wer ungebührlicher Weise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt") ein Strafmandat zu beantragen, und daß das Gericht dasselbe erlassen hat. Aber die Hülfe der Polizei ist eine höchst unsichere[70]) und unzureichende, in den meisten Fällen
S. 282. bleibt ihr nichts übrig, als die Partei auf den Rechtsweg zu verweisen. Aber der Rechtsweg! — welcher steht der Partei offen? In dem in der Anmerkung angegebenen Fall, wo es sich um Veranstaltung von Tanzvergnügungen des Miethers der oberen Etage handelte, stellte der untere Miether eine Klage wegen Besitzesstörung an, ward aber damit in allen drei Instanzen abgewiesen, weil die Voraussetzungen derselben in seiner Person, der als Miether keinen Besitz habe, nicht vorlägen, und ein „vor dem Forum des Civilrichters durch-

70) Einen schlagenden Fall, der kürzlich in Wien spielte, s. in der Schrift von Victor Capesius, Hof- und Gerichtsadvokaten in Wien, Erlaubte nächtliche Ruhestörung. Ein Rechtsfall, mitgetheilt auf Grund erflossener Entscheidungen des höchsten k. k. Obersten Gerichtshofes und des hohen k. k. Ministeriums des Innern. Wien, L. Rosner, 1884. In diesem Fall, den ich unten noch des Näheren mittheilen werde, erklärte sich die Polizeidirection in Wien für incompetent, da in der Abhaltung von Tanzvergnügungen in Privatwohnungen ein polizeiwidriges Verhalten nicht gefunden werden könne, und verwies den Beschwerdeführer auf „den ordentlichen Rechtsweg wegen Störung des Besitzes einer Wohnung", und dieser Bescheid ward in den Recursinstanzen von der niederösterreichischen Statthalterei und dem Ministerium des Innern „in Hinblick auf den Wirkungskreis der Polizeibehörden" aufrecht erhalten. Auch die Beschwerde beim k. k. Verwaltungsgerichtshof blieb nach der mir gewordenen persönlichen Mittheilung des Verfassers erfolglos. Alle die angerufenen Behörden gingen von der Auffassung aus, daß ein gesetzlicher Grund zur Erlassung eines Polizeiverbots nicht vorliege.

setzbares **Recht auf ungestörte Nachtruhe**" nicht existire. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
Das Resultat in diesem Fall bestand darin, daß dem Miether — es war der genannte Verfasser jener Schrift — von allen angerufenen Behörden: drei Verwaltungs- und drei Justizbehörden und dem Verwaltungsgerichtshof der Schutz versagt ward, und man kann ihm nicht Unrecht geben, wenn er daran bittere Betrachtungen über die „Schutz- und Rechtlosigkeit" des Miethers knüpft. Der Fall ist so instructiv, er führt das Ungemach, dem ein Miether ausgesetzt sein kann, in so drastischer Weise vor Augen, daß ich mich nicht enthalten kann, die Schilderung, welche der Verfasser davon entwirft, hier einzuschalten [71].

„Das Stampfen und Toben der Tanzenden war derart, S. 283.
daß in meiner Wohnung die Thüren und Fenster zitterten, daß die Betten und die Nachtkästen neben denselben in zitternde Bewegung geriethen, die Lüster schwankten u. s. w. — Es ist begreiflich, daß ich und meine Familienangehörigen während der ganzen Nacht kein Auge schließen konnten, und da dieser furchtbare Lärm und Spektakel kein Ende nehmen wollte, sah ich mich endlich gegen drei Uhr Morgens bemüssigt, mich anzukleiden und zu dem Herrn X. hinaufzugehen und ihn aufzufordern, dieser nächtlichen Ruhestörung ein Ende zu machen." Die Antwort, die er von letzterem erhielt, bestand darin, daß ihm Niemand das Recht nehmen könne, in seiner Wohnung tanzen zu lassen, ja derselbe kündigte bald

71) Der Verfasser der obigen Schrift theilt mir brieflich noch folgenden Fall mit. „Ein k. k. Regierungsrath, der mir persönlich dieserwegen einen Besuch abstattete, erzählte mir, daß ihm vor einiger Zeit sein junger hoffnungsvoller Sohn, ein Knabe von etwa 10 Jahren, starb, und daß in der Nacht, in welcher er mit seiner Gattin am Sterbelager des einzigen Sohnes stand, in der über seiner Wohnung im höheren Stockwerk gelegenen Wohnung eine ähnliche, lärmende Tanzunterhaltung stattfand, und Musik und Tanz trotz dringender Bitten **nicht** eingestellt wurden, sondern die in solchem Fall doppelt fühlbare Störung die ganze Nacht hindurch ertragen werden mußte."

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. darauf sogar an, daß er nächstens wiederum zwei solche Tanzunterhaltungen veranstalten würde, und stellte den Einwendungen des Klägers einfach die Berufung auf sein „Hausrecht" entgegen. In Folge der wiederholten Ausübung dieses Hausrechtes entstanden Risse im Plafond der klägerischen Wohnung, und der Kläger glaubt, da das Haus ein älteres Gebäude ist, bei häufiger Wiederholung derartiger Tanzbelustigungen sogar der Gefahr eines Plafondeinsturzes entgegensehen zu müssen. Die Schrift schließt mit einer Berufung auf meinen Kampf ums Recht, und wenn ich sonst nicht schon bei Gelegenheit dieser Abhandlung den Anlaß gehabt hätte, den Rechtsschutz des Miethers zu behandeln, so würde jener
S. 284. Fall mich vermocht haben, die Frage, ob denn ein Miether wehrlos allen Unbillen von Seiten seiner Hausgenossen preisgegeben sei, einer Besprechung zu unterwerfen. Vor Jahren veröffentlichte ich in diesen Jahrbüchern eine Abhandlung „zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthums im Interesse der Nachbarn" (VI 2), ich gebe im Folgenden ein Seitenstück dazu in der Erörterung über die Beschränkungen des einen Hausbewohners im Interesse der andern. „Zur Lehre" kann ich dies Mal nicht sagen, denn eine solche Lehre existirt zur Zeit noch nicht. Nirgends erinnere ich mich auch nur den leisesten Ansatz dazu gefunden zu haben, und vergebens würde sich ein Miether in Fällen wie der obige in unserer Literatur nach Hülfe umsehen, selbst die deutsche Rechtssprechung, soweit sie zu meiner Kunde gelangt ist, läßt ihn gänzlich im Stich, während die französische, die wie überall so auch hier den unabweisbaren Bedürfnissen des praktischen Lebens gerecht zu werden bestrebt ist, sich seiner bereits in erfolgreichster Weise angenommen hat [72]).

So enthält es in der That keine Übertreibung, wenn der Verfasser der obigen Schrift von einer „Schutz- und

72) S. den Bericht in den in Wien erscheinenden juristischen Blättern 1884 Nr. 16.

Rechtlosigkeit" des Miethers spricht. Derselbe läßt dahingestellt, ob dieselbe in einem mangelhaften, ungenügenden Zustande der Gesetzgebung oder in einer irrigen Auffassung der bestehenden Gesetze seitens der staatlichen Behörden ihren Grund habe, und knüpft daran die Bemerkung, daß es in beiden Fällen im öffentlichen Interesse gelegen sei und als ein Gebot der Staatspflicht erscheine, daß solchen crassen Übelständen entweder im Wege der Gesetzgebung oder im Wege der Correctur der gegenwärtigen Praxis der staatlichen Behörden abgeholfen werde (Vorrede S. VI). Ich hoffe im Folgenden zeigen zu können, wie letzteres sich durch richtige Ausnutzung der Mittel, welche das römische Recht uns zur Verfügung stellt, bewerkstelligen läßt. Ich werde mich dabei derselben Form bedienen, welche ich überall da anzuwenden pflege, wo es mir darum zu thun ist, dem Leser die genaue Prüfung einer aus mehreren Gliedern bestehenden Deduction zu ermöglichen: der Zerlegung derselben in einzelne Thesen.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
S. 285.

1. Wie im nachbarlichen Verhältniß[73]), so sind auch in dem der Mitbewohner eines und desselben Hauses die indirecten Eingriffe von den directen zu unterscheiden. Unter den ersteren verstehe ich diejenigen Vornahmen, welche der Handelnde innerhalb seiner Wohnung vornimmt, die aber in ihren Wirkungen dem andern Theil fühlbar werden, (z. B. Veranstaltung von Bällen, nächtlichen Zechgelagen, nächtliches Musiciren), unter den letzteren diejenigen, bei denen er in die Rechtssphäre des Andern übergreift.

2. Die unmittelbaren Eingriffe können bestehen in der Benutzung der dem einen Miether — wir wollen ihn der Kürze wegen fortan als A und den Gegner als B bezeichnen — gehörigen und an einer Stelle, wo factisch auch letzte-

---

73) Für letzteres ist der Unterschied von mir genauer entwickelt a. a. O. S. 107 fl.; ich nehme ihn hier wieder auf.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. rem die Benutzung derselben möglich wird, befindlichen Sachen. Der im obern Stock wohnende Miether bedient sich des dem untern Miether gehörigen Fußreinigers, der Matte, der dort stehenden Wasserflasche, der untere Miether fängt die für den obern bestimmten Journale ab[74]). Daß wegen solcher Eingriffe in ein fremdes Eigenthum, die ebenso gut von anderen Personen begangen werden können, die act. injur. Platz greift, ist oben (S. 286) gezeigt worden.

S. 286. 3. Diesen Eingriffen in das Eigenthumsrecht des A stehen gegenüber die in die Sphäre des ihm contractlich zugesicherten Uti, sei es des ausschließlichen oder des ihm mit den andern Hausgenossen gemeinsamen: Benutzung des zu seiner Wohnung gehörigen Vorplatzes, Versperren der Treppe, des Einganges bei der Hausthüre, zum Keller, Bodenraum durch Aufstellen von Gegenständen, Verunreinigung der zu seiner Etage führenden Treppe durch Auswerfen von Kehricht, Verhinderung des Öffnens der Hausthüre mittelst des Hausschlüssels durch Verriegeln, Vorenthaltung der Mitbenutzung der Bleiche, des Waschhauses, Kellers und eine Menge anderer Fälle.

Hätte der Miether den juristischen Besitz, so würde er diese Eingriffe nach unserer heutigen Theorie vom interd. uti possidetis (S. 301) als Besitzesstörungen mit dem letzteren Rechtsmittel zurückweisen können, äußerlich enthalten sie denselben Thatbestand wie letzterer. Da er aber nur Detentor ist, so steht ihm dies Rechtsmittel nicht zu, und da unsere Theorie ihm auch keine andere Klage zur Verfügung stellt, so entbehrt er in Bezug auf diese Eingriffe in sein Detentionsverhältniß des directen Schutzes, es bleibt ihm nichts übrig, als sich an den Vermiether zu halten.

4. Die Annahme dieser Schutzlosigkeit des Miethers gegen dritte Personen beruht auf der Idee, daß das Con-

74) Es sind dies Beispiele aus meiner Jurisprudenz des täglichen Lebens III 48, 49.

tractsverhältniß nur Wirkungen zwischen den Contrahenten XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
erzeuge, dritten Personen gegenüber nicht geschützt werde. Diese Idee aber ist eine irrige. Das römische Recht erkennt auch dem bloß obligatorisch Berechtigten lediglich auf Grund seines Interesses einen Rechtsschutz gegen dritte Personen zu, so z. B. dem Pächter gegen denjenigen, der die noch stehenden Früchte gestohlen hat, die act. furti l. 26 § 1 de furti. (47. 12) . . acturum furti, quia ut primum decerptus esset, ejus esse coepisset, so dem Käufer der Sache gegen S. 287.
denjenigen, der dieselbe vernichtet hat, die act. de dolo, l. 38 § 5 de dolo (4. 3) . . quia tu (venditor) a me liberatus sis, ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur, so den Gläubigern im Fall einer alienatio in fraudem creditorum die act. Pauliana, so dem Pächter auf Grund des Interesses das interd. quod vi aut clam (S. 294), letzteres wird selbst dann gegeben: si mihi concesseris, ut ex fundo tuo arbores caedam, deinde eas alius vi aut clam ceciderit . . . quia ego sim, cujus interest (l. 13 § 4 ibid.). Die Vorstellung, daß der Rechtsschutz gegen dritte Personen auf das Eigenthum, die jura in re und den juristischen Besitz beschränkt sei, die für das ältere römische Recht allerdings zutrifft, stimmt nicht zum neuern, letzteres hat als neuen Grund für denselben das Interesse hinzugefügt und gewährt auf Grund desselben dem der Natur seines Rechts nach bloß relativ Geschützten mittelst verschiedener Klagen einen Schutz gegen dritte Personen. Es ist dies einer der beachtenswerthesten Fortschritte, der für das römische Recht überhaupt zu verzeichnen ist, nur daß er nicht in dem Maße in die Augen fällt, wie manche andere, da er sich nur unmerklich vollzogen und den römischen Juristen selber nicht zum Bewußtsein gekommen ist. Er gehört zu jenen, die nicht Sache der plötzlichen mechanischen Änderung des Rechts im Wege der Gesetzgebung, sondern der allmählichen innerlichen Umgestaltung auf Grund der veränderten Rechtsan-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. schauungen und Rechtsbedürfnisse sind und Zeugniß ablegen
für die still, aber unaufhaltsam wirkende Kraft des Lebens,
und die denjenigen, welche im Fluß der Bewegung stehen und
selber ihr dienen, regelmäßig gar nicht bewußt werden — ein
Seitenstück zu der auf gleichem Wege bewirkten Umbildung
der act. injur. (S. 235). Der älteren Jurisprudenz wäre
der Schutz des bloß obligatorisch Berechtigten gegen dritte
S. 288. Personen sicherlich als ein Verstoß gegen die elementarsten
Grundsätze des Rechts erschienen, sie kannte denselben nur in
Form der in rem actio beim Sachen-, Familien- und Erb-
recht. Aber das Leben ist mächtiger als die juristischen Be-
griffe. Erweist sich das Bett, in das es sich durch dieselben
eingezwängt sieht, zu eng, so durchbricht es die Dämme und
überläßt es der Jurisprudenz sich mit der Veränderung ab-
zufinden. In Bezug auf die obige ist dies so wenig von der
römischen, als von der heutigen geschehen, beide haben sich
damit begnügt, die einzelnen Fälle, in denen sie sich zeigt,
namhaft zu machen, ohne die gewaltige innere Umgestaltung
des Rechts, welche sich darin vollzogen hat, principiell klar
zu stellen, und so stehen wir heutzutage noch unter dem Bann
der traditionellen altrömischen Regel, daß der obligatorisch
Berechtigte gegen dritte Personen schutzlos sei, während das
neuere Recht sich doch thatsächlich von derselben losgemacht hat.

Auf dieser Bahn der Erweiterung des relativen Schutzes
zum absoluten sind bekanntlich manche moderne Rechte noch
erheblich fortgeschritten, indem sie auch dem Miether den Be-
sitzesschutz zugesprochen haben — ein in meinen Augen durch
und durch gesunder Gedanke. Haben die Römer keinen An-
stand genommen, dem conductor eines locus publicus und
den eingewiesenen Gläubigern u. s. w. trotz des bloßen Deten-
tionsverhältnisses den Besitzesschutz zu gewähren, so wüßte ich
nicht, warum wir davor zurückschrecken sollten, dasselbe hin-
sichtlich des conductor eines locus privatus zu thun, wir
haben nicht nöthig, römischer zu sein als die Römer. Will

die Theorie im Interesse der Aufrechterhaltung des Satzes, XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
daß es ohne Besitz keinen Besitzesschutz gebe, sich dies zurecht legen, so mag sie es in derselben Weise thun, wie letztere es beim usus fructus und der Superficies gethan haben, nämlich durch Annahme eines Rechtsbesitzes „ex lege locationis S. 289.
sive conductionis" (l. 1 pr. de superf. 43. 18).

5. Der Umstand, daß das römische Recht dem Miether den juristischen Besitz abspricht, schließt nach der oben (No. VI) entwickelten Theorie vom Rechtsschutz im Detentionsverhältniß den Schutz des Miethers gegen Eingriffe in sein Detentionsverhältniß in keiner Weise aus. So weit die Voraussetzungen des interd. quod vi aut clam vorliegen, kann er sich dagegen dieses Rechtsmittels, so weit dies nicht der Fall ist, der act. injur. bedienen, vorausgesetzt, daß es sich um Eingriffe in die *ihm contractlich zugesicherte Rechtssphäre* handelt.

6. Wie weit erstreckt sich dieselbe? Ich werfe die Frage, die sich regelmäßig aus dem Miethcontract ohne Schwierigkeit wird beantworten lassen, nur auf, um negativ daran die Bemerkung zu knüpfen, daß sich das Recht des Miethers nicht auf das *Äußere* des Hauses erstreckt.

Wenn ein Photograph, der die obere Etage bewohnt, mit Zustimmung des Vermiethers an der Außenwand der unteren Etage seinen Ausstellungskasten anbringt, so hat der Miether dieser Etage kein Einspruchsrecht. Das ihm contractlich zugesicherte uti beschränkt sich auf die innere Wohnung, das Verfügungsrecht über die derselben entsprechende Außenfläche steht ausschließlich dem Vermiether zu. Ohne dessen Erlaubniß darf daher keiner der Miether Vorrichtungen irgend welcher Art an der Außenwand anbringen, z. B. Firmenschilde, Aushängekasten, selbst das Ankleben von Plakaten und das Anmalen seiner Firma würde ihm untersagt werden können, es muß bei Abschluß des Vertrages ausgemacht werden. Würde man dem Miether das Verfügungs-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. recht über den seiner Etage entsprechenden Theil der Außenwand zugestehen, so würde er den Vermiether verhindern können, dem Hause einen neuen Bewurf zu geben, es neu
S. 290. anstreichen zu lassen, — worin eine durch nichts gebotene Lahmlegung des Eigenthumsrechts liegen würde, — und er seinerseits würde der Außenwand seiner Etage einen von der sonstigen Farbe des Hauses abweichenden Anstrich geben dürfen. Das Aushängen von Gegenständen aus dem Fenster, z. B. Betten, Teppichen, Fahnen bei festlichen Gelegenheiten ist, da darin keine Disposition über die Außenwand liegt, dem Miether nicht zu verwehren; sonst dürfte es ihm am Ende auch untersagt werden können, sich aus dem Fenster zu lehnen und auf dem Fenstergesims Topfgewächse anzubringen. So weit derartige Dinge polizeilich nicht verstattet sind, wie z. B. das Aushängen von Betten, Wäsche zum Trocknen, ist es Sache der Polizei dagegen einzuschreiten. So weit dadurch ein anderer Miether in dem uti seiner Wohnung beeinträchtigt wird, z. B. wenn ihm durch die aus der oberen Etage ausgehängten Teppiche, Fahnen das Licht verkürzt wird, kann er nach den hier aufgestellten Grundsätzen Einsprache dagegen erheben, und dahin gehört auch der von Bruns (Die Besitzesklagen des römischen und heutigen Rechts, Weimar 1874, S. 72) mitgetheilte Fall, wo ein vom Miether der obern Etage auf seinem Balkon angebrachter Epheu so weit hinunter gerankt war, daß er das mit Erlaubniß des Vermiethers angebrachte Firmenschild des unten wohnenden Kaufmanns verdeckt hatte. Letzterer hatte hier wegen Besitzesstörung geklagt, ward aber vom berliner Stadtgericht mit der Klage abgewiesen, weil der „Epheu weder gewaltsam, noch heimlich gepflanzt worden sei". Ich meinerseits würde kein Bedenken getragen haben, der Klage Statt zu geben, da ein Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers hier unzweifelhaft vorliegt.

7. Combiniren wir den Rechtsschutz, den das interd. quod vi aut clam und die act. injur. dem Miether gewäh-

ren, so können wir sagen: das römische Recht, richtig, d. h. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
in seinen Consequenzen verstanden, gewährt dem Miether einen Schutz gegen alle Eingriffe des Hauseigenthümers und der S. 291.
übrigen Miether — ich will sie Turbationen nennen — welche ihm die Benutzung der ihm contractlich, sei es ausschließlich oder gemeinsam zustehenden Räumlichkeiten verwehren, und wenn man nicht an der begrifflichen und sprachlichen Zusammenfassung beider Rechtsmittel unter einem neuen Ausdruck zurückschreckt, so möchte ich die Klage des Miethers, um sie von der Klage des juristischen Besitzers wegen Besitzesstörungen zu unterscheiden, als Turbationsklage bezeichnen. Sie steht zu in allen Fällen, wo einer der Mitbewohner des Hauses sich Verletzungen des Rechts des andern erlaubt, die sich äußerlich als Eingriffe in den ihm sei es zur ausschließlichen, sei es zur gemeinsamen Benutzung contractlich zugesicherten Raum charakterisiren. Ob der Kläger dieselbe fälschlich als Besitzesklage bezeichnet und um Schutz im Besitz bittet, kann für den Richter nichts releviren, da ein Mißgriff im Namen der Klage nichts schadet, wo im Uebrigen über den Zweck derselben kein Zweifel obwalten kann.

8. Das Klagrecht des einen Miethers gegen den andern reicht aber noch weiter, es erstreckt sich auch auf den Ersatz der im gemeinsamen Interesse gemachten nothwendigen Auslagen. Durch Hagelschlag sind die Fenster in der gemeinsamen Waschküche, dem gemeinsamen Boden, Keller zertrümmert, und da der Vermiether sich contractlich von allen Reparaturen entlastet hat und die übrigen Miether sich nicht rühren, sieht der eine sich genöthigt, die Fenster wieder einsetzen zu lassen. Mit welcher Klage kann er seinen Regreß gegen die übrigen Miether nehmen? Den römischen Juristen ist diese Frage von dem Ersatzanspruch in Bezug auf die im Gemeinschaftsverhältniß gemachten Auslagen in den verschie-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. densten Gestaltungen desselben entgegengetreten[75]), und sie
S. 292. betrachten denselben überall als selbstverständlich und unanfechtbar, während ihnen nur die Wahl der Klage Schwierigkeiten macht. Bald nennen sie die act. comm. div., bald die act. pro socio, bald die act. neg. gest., obschon die beiden letzteren Klagen nur in gewaltsamster Weise herangezogen werden konnten — hätte ein heutiger Jurist es gethan, er hätte sich um seinen ganzen Credit gebracht! Die von mir a. a. O. gegebenen Nachweise aus den Quellen lassen keinen Zweifel darüber, daß auch dem Miether ein Ersatzanspruch zuzugestehen ist; ich hebe insbesondere die l. 10 pr. Cod. de reb. auct. (7. 72) und die l. 15 § 19 Damn. inf. (39. 2) hervor. In der letzten Stelle wird demjenigen, der mit mehreren Andern wegen verweigerter cautio damni infecti eine immissio in das schadhafte Gebäude erlangt hat, wegen der von ihm (wohlbemerkt vor der immissio ex secundo decreto) gemachten Auslagen die act. comm. div. eingeräumt. Es ist das juristisch ganz unser Fall: ein äußeres lediglich mit Detention verknüpftes Gemeinschaftsverhältniß in Bezug auf dasselbe Haus, ohne juristische Verbindung zwischen den mehreren Immittirten — beiläufig bemerkt ein abermaliger Beleg für den Schutz des bloß obligatorisch (hier auf Leistung der cautio damni infecti gegen den Eigenthümer) Berechtigten gegen dritte Personen.

9. Ungleich schwieriger als bei den bisher behandelten unmittelbaren Uebergriffen stellt sich die Sache bei den mittelbaren; ich will sie Molestationen nennen. Es ist eine von dem Verhältniß des Zusammenwohnens ganz untrennbare Folge, daß es für jeden Mitbewohner gewisse Unannehmlichkeiten erzeugt, die er erdulden muß; ganz dasselbe
S. 293. wiederholt sich, wenn auch in geringerem Grade, im Verhältniß mehrerer Grundnachbarn. Aber dieselben können hier wie

75) S. meine Ausführungen in meinen Jahrbüchern X S. 341 fl.

dort eine Gestalt und einen Grad annehmen, daß dadurch XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
eine befriedigende Existenz geradezu unmöglich gemacht wird. Jeder Nachbar und Miether hat es in seiner Hand, durch Vornahmen, die sich streng auf den ihm gehörigen Raum beschränken, dem Andern das Leben vollständig zu verleiden. Für das nachbarliche Verhältniß ist dies von mir a. a. O. S. 94 nachgewiesen, für das Verhältniß der Cohabitanten wäre jedes Wort zu dem Zweck überflüssig. Der Gedanke einer consequenten Durchführung der freien Verfügungsgewalt des Berechtigten innerhalb des ihm zustehenden Raumes erweist sich in dem einen Verhältniß ganz so unausführbar wie in dem andern, und dieselben praktischen Rücksichten auf die Ermöglichung der Coexistenz anderer Personen, welche im Nachbarrecht die unbeschränkte Verwirklichung der Eigenthumsidee ausschließen (a. a. O. S. 94—96), stellen sich auch der des absoluten Hausrechts gegenüber, der Idee, daß jeder der Mitbewohner innerhalb des ihm zustehenden Raumes vornehmen könne, was er wolle. Solche abstracte, bis zur äußersten Consequenz getriebenen Begriffe sind Ausgeburten einer sich des praktischen Zwecks aller Rechtssätze entschlagenden Rechtslogik und ohne Anspruch auf Geltung im Leben; im Leben kann nur gelten, wobei das Leben bestehen kann. In beiden Verhältnissen bedarf daher der Spielraum der Freiheit innerhalb des gegebenen Raumes einer rechtlichen, durch die Rücksichten auf die Nachbarn und Mitbewohner geleiteten Beschränkung, es muß ein modus vivendi hergestellt werden, welcher den berechtigten Interessen beider Theile die gebührende Beachtung angedeihen läßt.

10. Die Anforderung, welche damit an das Recht ergeht, kann von demselben nicht auf bloß polizeilichem Wege gelöst werden. So werthvoll der Polizeischutz da ist, S. 294.
wo er am Platz ist (z. B. in Bezug auf nächtliche Ruhestörungen, s. oben S. 354), so wenig läßt sich doch das hier obwaltende Bedürfniß mit ihm allein bestreiten, ebenso wenig

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. im Miethsverhältniß wie im Nachbarverhältniß (über letzteres s. meine Abhandl. a. a. O. S. 102, S. 121 Anm. 24, 25). Der Polizeischutz ist am Platz, wo es sich um eine Befolgung von Vorschriften handelt, die im allgemeinen Interesse erlassen sind. Wo es sich dagegen um die Sicherstellung des Interesses des Einzelnen dem Einzelnen gegenüber handelt, ist die entsprechende Form der Rechtsschutz, und selbst in einem Fall der ersten Art muß dem dadurch Betroffenen der Rechtsweg offen gehalten werden, wie dies auch vom römischen Recht in l. 2 § 29 Ne quid in loc. publ. (43. 8): si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de ea re interdicto uti geschehen ist. Die Regelung der Molestationen im Miethsverhältniß der Polizei überlassen, hieße ihr einen Zweig der Rechtspflege überweisen, was zu ihrer Aufgabe nicht stimmt und in legislativpolitischer Beziehung schweren Bedenken unterliegen würde. Es bedarf also des Rechtsschutzes.

11. In Bezug auf das Nachbarverhältniß ist diese Forderung vom Recht selber anerkannt und mittelst des Nachbarrechts gelöst worden.

12. Für das Miethsverhältniß ist sie im römischen Recht nicht gelöst; dasselbe enthält über das Verhältniß mehrerer Miether untereinander gar keine Bestimmungen. Da es aber derselben bedarf, so haben wir zu suchen, ob wir sie nicht aus den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts gewinnen können.

13. Als nächsten Anhaltspunkt bietet sich das Verbot der Chikane dar, die gerade in diesem Verhältniß einen so
S. 295. reichen Stoff zur Bethätigung findet. Allein der Gesichtspunkt ist ein viel zu enger, um ausreichende Hülfe zu gewähren. Der Musiker, welcher die Nacht zu seinen musikalischen Uebungen verwendet, der Miether, welcher Bälle und nächtliche Zechgelage veranstaltet, der Chemiker, welcher durch seine chemischen Analysen die Luft im Hause verpestet, sie alle thun

dies nicht aus Chikane, sondern aus Motiven, die sie dem eigenen Interesse entnehmen. So wenig das Nachbarrecht, ebenso wenig läßt sich das Hausrecht mittelst des bloßen Verbots der Chikane in befriedigender Weise gestalten. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

14. Einen andern Anhaltspunkt gewährt das Nachbarrecht, und er ist der zutreffende. Im Verhältniß mehrerer Hausbewohner handelt es sich um ganz dieselbe legislative Aufgabe, wie in dem mehrerer Grundnachbarn: Ermöglichung einer für alle Theile erträglichen Existenz. Der Gesichtspunkt, in dem die Lösung der Aufgabe beschlossen liegt, ist der der gewöhnlichen bürgerlichen Existenz — was letztere mit sich bringt, ist zu dulden, was sie übersteigt, nicht. In Bezug auf das Nachbarrecht habe ich diesen Gesichtspunkt in der citirten Abhandlung (S. 115) zu begründen versucht, und ich halte ihn nach wie vor für den allein zutreffenden. Er scheint mir durch die l. 8 § 5, 6 si serv. vind. (8. 5), wo die Erzeugung des gewöhnlichen Rauchs, wie das Bedürfniß des gewöhnlichen Lebens sie mit sich bringt, (fumum non gravem facere puta ex foco) der durch eine Fabrikanlage, wie wir sagen würden (taberna casearia), veranlaßten, dieses Maß überschreitenden entgegengesetzt wird, deutlich vorgezeichnet zu sein. Man hat dagegen eingewandt, daß er zu unbestimmt sei. Ist der Begriff der longa consuetudo, der diligentia diligentis patris familias, der diligentia quam in suis rebus, des ungewöhnlichen Zufalls bei der remissio mercedis (l. 15 § 2 loc. 19. 2. extra consuetudinem), des ordentlichen Kaufmanns unseres Handelsgesetzbuchs (Art. 282) und der des fumus non gravis in der obigen Stelle etwa bestimmter? Derselbe Richter, der die letzteren Begriffe zur Anwendung zu bringen hat, wird auch jenen zu handhaben verstehen; ich meinerseits werde unten versuchen, ihm für das Miethsverhältniß die nöthige casuistische Bestimmtheit zu verleihen. S. 296.

15. Der von mir befürworteten Uebertragung des an-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. gegebenen Grundsatzes des Nachbarrechts steht der Umstand nicht entgegen, daß Nachbarrecht das Eigenthum zur Grundlage hat, daß Miethsverhältniß obligatorischer Art ist, denn das Interesse, um das es sich handelt, ist in beiden Fällen ganz dasselbe, und die Meinung, als ob der bloß obligatorisch Berechtigte dritten Personen gegenüber schutzlos sei, der Miether sich also nur an den Vermiether halten könne, ist bereits oben (S. 359) zurückgewiesen. Auch beim Grundeigenthum ist es nicht das Eigenthum, welches den Schutz gegen derartige Eingriffe bewirkt hat, sondern lediglich das Interesse.

16. Ebenso wenig steht der Umstand entgegen, daß die Klagen, mittelst deren der Schutz im nachbarlichen Verhältniß vermittelt wird (act. negatoria, cautio damni infecti) auf das Miethsverhältniß keine Anwendung erleiden. Der Einwand würde von Gewicht sein, wenn meine Meinung dahin ginge, diese Klagen auf den Miether zu übertragen, dieselbe bezweckt jedoch nichts weiter als eine Hinübernahme des ihnen zu Grunde liegenden legislativen Gedankens von dem einen Rechtsverhältniß auf das andere. Im Miethsverhältniß tritt an die Stelle jener Klagen die act. injur., die ja, wie oben (S. 270) gezeigt ist, im nachbarlichen Verhältniß selbst für das Eigenthum nicht zu entbehren ist.

17. Die Regel in Bezug auf die Molestationen im
S. 297. Miethsverhältniß ist daher ganz so zu fassen, wie in Bezug auf die im Nachbarverhältniß.

> Was die gewöhnliche bürgerliche Existenz mit sich bringt, ist zu dulden, was darüber hinausgeht, nicht.

Die Regel soll im Folgenden nach beiden Richtungen hin durchgeführt werden.

18. Zu dulden sind die gewöhnlichen Unannehmlichkeiten des Zusammenwohnens in einem Hause: die Erschütte-

rung des Plafonds durch das Gehen von Personen, das Spielen der Kinder in der oberen Etage, durch das Verrücken der Tische, Stühle u. s. w., das Geräusch durch Zuschlagen der Thüre, die aus der Küche sich verbreitenden Gerüche, das Musiciren bei Tage, die durch das Oeffnen der Hausthüre in später Nacht oder am frühen Morgen bewirkte Störung der nächtlichen Ruhe, das Rauchen auf der Treppe (es ist mir ein Fall bekannt, wo ein Miether es dem andern verwehren wollte!) XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

19. Unter den Dingen, die nicht zu dulden sind, fordern nur Behandlung das Musiciren bei Nacht und die Veranstaltung von Bällen und nächtlichen Zechgelagen. Ich füge jedoch noch eine Anzahl anderer Fälle hinzu, um dem Leser die Gelegenheit zu verschaffen, die Richtigkeit des von mir aufgestellten Gesichtspunktes zu erproben — er entscheide selber! Er denke sich, daß über ihm ein Turnlehrer, ein Tanzmeister, der Director einer städtischen Kapelle sich einmiethet, von denen jene beiden den dort befindlichen Saal zu Uebungen mit den Schülern, dieser ihn zu Proben mit der Kapelle verwenden will — daß ein Chemiker einzieht, welcher mittelst wissenschaftlicher Untersuchungen, die er nicht in seiner Anstalt, sondern zu Hause betreiben will, die Luft verpestet — ein Feuerwerker, bei dem er Gefahr läuft, in die Luft gesprengt zu werden — ein Engländer, der sich im Kegelschieben zu S. 298.
üben gedenkt und zu dem Zweck eine Kegelbahn anbringen läßt. Schwerlich wird irgend einer meiner Leser annehmen, daß er sich dies gefallen lassen müsse, selbst wenn er die von mir hier vertheidigte Ansicht eines ihm zustehenden directen Einspruchsrechtes gegen den anderen Miether nicht theilen sollte, in welchem Fall er sicherlich von dem Vermiether verlangen wird, daß er dem Unfug ein Ende mache. Wird letzterer dem entgegensetzen können, daß er nichts als die Wohnräume versprochen habe, ein directer Eingriff in letztere aber nicht stattfinde? Er hat versprochen das „uti frui licere",

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. damit ist aber eine derartige Benutzung der Wohnung Seitens der übrigen Miether nicht verträglich. Wenn nun der Vermiether sich an letzteren wendet, wird der Tanzmeister und Turnlehrer, der Engländer sich damit ausreden können: der andere Miether müsse auch das Gehen der Erwachsenen und das Springen der Kinder in der oberen Wohnung, also die Erschütterung des Plafonds dulden, folglich auch die von ihnen bewirkte? Oder der Director der städtischen Kapelle: er könne dem Miether nicht das Musiciren verwehren, folglich auch ihm nicht? Oder der Chemiker: er müsse den Geruch aus der Küche und den Cigarrengeruch auf der Treppe dulden, folglich auch den von ihm bewirkten? Oder der Feuerwerker: eine Feuersgefahr sei auch bei unvorsichtigem Gebrauch des Lichts, Ueberheizen der Oefen, nachlässiger Ueberwachung des Heerdfeuers von Seiten eines andern Miethers zu besorgen? Mit demselben Rechte könnte man aus l. 8 § 6 si serv. vind. (8. 5), worin das „fumum non gravem facere" im Nachbarverhältniß für erlaubt erklärt wird, deduciren, daß, was von letzterem gelte, für die Raucherzeugung schlechthin gelten müsse, oder daraus, daß der Grundnachbar den durch das Dreschen auf dem benachbarten Grundstück erzeugten Staub, also eine reale Immission dulden müsse, die
S. 299.
Consequenz ziehen, daß derselbe auch beim Steinbruch das Hinüberfallen der Steinsplitter dulden müsse. Beides wird aber in l. 8 § 5 ibid. in Abrede gestellt, und wenn wir den Juristen nach dem Grunde gefragt hätten, so würde er geantwortet haben: aus dem Maß folgt noch nicht das Uebermaß. Das fumum non gravem puta ex foco facere, und das Dreschen muß Jedem freistehen, weil er sonst nicht existiren kann, und die Unbequemlichkeiten davon für den Nachbar sind so unbedeutend, daß er sie ertragen kann und muß, dagegen der Betrieb einer Fabrik und eines Steinbruches sind besondere Geschäftszweige, deren Ermöglichung auf Kosten der Nachbarn vom Recht nicht begehrt werden

kann, das bei seinen Bestimmungen den Zuschnitt der ge- XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
wöhnlichen bürgerlichen Existenz zu Grunde legen muß, den modus vivendi, bei dem Alle bestehen können — wer jene Geschäftszweige betreiben will, mag vom Nachbarn das angrenzende Grundstück kaufen oder sich von ihm eine Servitut bestellen lassen.

Ganz dasselbe gilt von den obigen Fällen im Miethsverhältniß. Der Tanzmeister, Turnlehrer, Direktor der städtischen Kapelle, Chemiker, Feuerwerker mögen sich ein besonderes für ihren Beruf geeignetes Lokal verschaffen [76]), wie dies thatsächlich ja auch stets der Fall ist, und der Engländer mag S. 300.
auf die Kegelbahn gehen, — in eine Miethwohnung mit andern Miethern zusammen taugen sie nicht. Wie das Nachbarrecht, so kann auch das Miethsrecht nur auf die regelmäßigen, gewöhnlichen Verhältnisse eingerichtet werden; das dadurch gegebene Maß, das sich innerhalb erträglicher Grenzen bewegt, ist erlaubt, das Uebermaß, das regelmäßig nur durch besondere Berufsarten nöthig gemacht wird oder in Launen, Wunderlichkeiten, Chikanen seinen Grund hat, untersagt. Wer mehr als das gewöhnliche Maß begehrt, mag sich dasselbe im Vertrage vorbehalten, wie er es im nachbarlichen Verhältniß mittelst

---

76) Die französische Jurisprudenz geht in dieser Beziehung — und meines Erachtens mit Recht — sogar soweit, daß sie dem Miether, der in einem bisher an Privatleute vermietheten Hause gemiethet hat, ein Einspruchsrecht gegen das Vermiethen an einen Geschäftsmann gewährt, und für die dadurch bewirkten Unannehmlichkeiten ganz erkleckliche Schadensersatzsummen zuerkennt (s. die Fälle in den Wiener juristischen Blättern 1884 Nr. 16, wo sie 800, 2000, 3000, 4000 Francs betrugen), ja eine Herabsetzung des Miethzinses und selbst Aufhebung des Contracts verfügt. In einem dieser Fälle handelte es sich lediglich um Einrichtung eines hôtel meublé, in dem andern um Einrichtung eines kaufmännischen Geschäfts, aber die damit verbundenen Störungen und Unannehmlichkeiten schienen dem Gericht in Widerspruch zu stehen mit den „Vortheilen einer Wohnung in einem ruhigen Privathause", auf die es der Miether beim Miethen abgesehen hatte.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Erwerbs einer Prädialservitut kann, dadurch ist er sowohl dem Vermiether als andern Miethern gegenüber gesichert. Letztere können hier ihren Anspruch nur gegen den Vermiether richten, insofern er sie nicht bei Abschluß des Miethcontracts von demjenigen, was ihnen bevorsteht, in Kenntniß gesetzt hat. Der Miether, der nur sein ihm contractlich zustehendes Recht ausübt, begeht keinen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, aber den Vermiether trifft der Vorwurf, daß er das zu erwartende ungestörte uti frui licere nicht prästirt, und er haftet darum mit der Contractsklage.

20. Ich wende mich den beiden Fragen zu, die ich oben als die allein bedenklichen bezeichnete: dem nächtlichen Musiciren und der Veranstaltung von Bällen und nächtlichen Zechgelagen. In Bezug auf ersteres wird die Behauptung seiner Unstatthaftigkeit schwerlich auf Widerspruch stoßen, man kann den Musiker auf den Tag verweisen, der lang genug ist, um auch das weitgehendste Bedürfniß nach Musik zu befriedigen. In Bezug auf die Veranstaltung von Bällen, für welche diese Verweisung auf die Tageszeit nicht Platz greift, dürfte die
S. 301. gleiche Behauptung schwerlich so leicht zugegeben werden, der oben (S. 354) berichtete Fall aus Wien beweist, wie man über die Veranstaltung von Bällen in einer so tanzlustigen Stadt wie Wien denkt, und ich bin darauf gefaßt, mit meiner Ansicht dort schweren Anstoß zu erregen, aber selbst auf die Gefahr hin kann ich sie nicht unterdrücken.. Meiner Ansicht nach sind Bälle in einer Miethswohnung unstatthaft, sie gehören in ein öffentliches Lokal. Die Interessen, die sich hier gegenüber stehen, sind auf der einen Seite die Nachtruhe, unter Umständen sogar die Gesundheit, auf der andern das bloße Vergnügen, und bei dieser Gestalt der Sache kann es doch wohl keinem Zweifel unterliegen, wofür man sich zu entscheiden hat. Den Miethern, welche ihre Nachtruhe wünschen, kann man nicht zumuthen, mit den Ihrigen einen Gasthof aufzusuchen, um einem Andern die Abhaltung eines Balles

im Hause zu ermöglichen; wenn einer von beiden Theilen weichen soll, weil ihre Interessen sich nicht mit einander vertragen, so kann es nur der letztere sein. Über die Unstatthaftigkeit nächtlicher Zechgelage glaube ich kein Wort verlieren zu sollen. XXIII. Jahrg Bd. XXIII.

21. Unter Umständen können Uebergriffe des einen Miethers oder des Hausherrn in die Rechtssphäre des andern den Charakter des Erlaubten annehmen, gleichmäßig die directen wie die indirecten. Dies ist der Fall, wenn sie durch zwingende Anlässe, wie selbst das gewöhnliche Leben sie mit sich bringen kann, geboten sind. Der Einzug oder Auszug eines Miethers läßt sich nicht bewerkstelligen, ohne daß er seine Möbel auf die Hausdiele, den Vorplatz stellt, durch den Transport derselben die Treppe sperrt und verunreinigt. Ebenso bei einem Leichenbegängniß oder bei einer Feuersbrunst. Alle diese Störungen sind durch das uti selber geboten und daher nicht als Uebergriffe in die Rechtssphäre des Andern zu betrachten. Ebenso verhält es sich mit den Störungen, welche S. 302.
von Seiten des Hausherrn im Fall nöthiger Reparaturen veranlaßt werden. Wenn das Haus einen neuen Anwurf erhält, muß der Miether das Gerüst vor seiner Etage dulden, welches den darauf befindlichen Weißbindern es ermöglicht, in seine Fenster zu sehen, wenn im Innern des Hauses etwas neu angestrichen oder wenn der Abtritt entleert wird, die unangenehmen Gerüche. Daraus, daß er solche Störungen regelmäßig nicht zu dulden braucht, folgt ebenso wenig, daß er es nicht ausnahmsweise muß, als daraus, daß er es ausnahmsweise muß, zu folgern ist, daß er es regelmäßig müßte; Regel wie Ausnahme ergeben sich beide aus demselben Gesichtspunkt: Ermöglichung des durch die Anlässe, Interessen, Bedürfnisse der regulären bürgerlichen Existenz postulirten uti.

Ich schließe hiermit meine Ausführung über das Miethsverhältniß. Sie wird, wie ich hoffe, gezeigt haben, daß die act. injur. in demselben eine Anwendung findet, welche praktisch gar nicht entbehrt werden kann. Wenn ich ihre An-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. wendbarkeit nicht mit einigen allgemeinen Bemerkungen abgethan, sondern mich der nichts weniger als verlockenden Aufgabe unterzogen habe, sie in ihrer ganzen casuistischen Breite darzulegen, so glaube ich dabei der Zustimmung und des Beifalls aller derer sicher zu sein, welche mit mir der Ansicht sind, daß die casuistische Durchführung aufgestellter Gesichtspunkte und Prinzipien nicht bloß die unerläßliche Probe auf ihre Richtigkeit enthält, sondern auch den sichersten Weg darbietet, ihnen im Leben Eingang zu verschaffen. Möge letzteres den von mir entwickelten Ansichten zu Theil werden. Ich könnte mir keine schönere Frucht meiner ganzen Abhandlung denken, als wenn sie dazu beitrüge, für ein wichtiges Verhältniß des Lebens, dem die herrschende rein formalistische Behandlungsweise mit ihrer ausschließlichen Betonung seines juristischen
S. 303. Charakters (Contract, Detention) in keiner Weise gerecht geworden ist und gerecht werden konnte, und das sich daher zu einem wahren Tummelplatz der unerträglichsten Rücksichtslosigkeit, Willkür, Chikane gestaltet hat — wenn sie dazu beitrüge, für dies Verhältniß einer gesunden, befriedigenden Behandlungsweise Eingang zu verschaffen. Ein wahrhaftes Verdienst um unsere deutsche Jurisprudenz würde sich derjenige erwerben, welcher die Rechtssprechung der französischen Gerichte zum Gegenstande einer eingehenden Darstellung machen wollte. Das Wenige, was ich von derselben kenne, athmet einen so gesunden Geist, und zeigt, daß auch in diesem Punkt wie so oft die französische Jurisprudenz die Bedürfnisse des Lebens so richtig anerkannt und zu wahren verstanden hat, daß wir uns dieses Vorbildes sicher nur mit großem Nutzen würden bedienen können. Die hier von mir vertheidigte Zulässigkeit der Klage des einen Miethers gegen den andern steht in der französischen Rechtssprechung außer allem Zweifel, es würde also nur des Nachweises bedürfen, bis wie weit sie dieselbe erstreckt hat, und gerade diese casuistische Veranschaulichung derselben würde ich für höchst werthvoll halten.

X. Das Eigenthum.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Unser Rechtsleben kennt bekanntlich manche Rechte, auf welche der Sprachgebrauch den Ausdruck Eigenthum übertragen hat, obschon sie keine Sache zum Gegenstand haben. So spricht man von einem literarischen Eigenthum, einem Eigenthum an Briefen, an Wechseln, indem man darunter nicht das Eigenthum an dem Manuscript oder den abgezogenen Exemplaren oder dem Stück Papier, auf welches der Brief oder der Wechsel geschrieben ist, versteht, sondern das Recht, um es kurz auszudrücken, an dem geistigen Inhalt des Papiers d. i. das der eigenen, selbständigen, ausschließlichen S. 304. Verfügung über dasselbe, wovon dann das Recht, Dritten dieselbe zu untersagen, (Prohibitionsrecht) die nothwendige Kehrseite bildet. In demselben Sinn kann man von einem kaufmännischen Eigenthum an Firmen und Marken sprechen.

Dieser Sprachgebrauch wird nun bekanntlich von der Schule bemängelt, und es mag seinen didaktischen Werth haben, daß man beim Unterricht den Anfänger gegen die Gefahr warnt, in jenen Rechten ein Eigenthum im eigentlichen Sinne des Wortes zu erblicken. Fügt man aber diese Verwarnung hinzu, so ist meines Erachtens gegen die Benutzung jenes Ausdrucks nichts einzuwenden, im Gegentheil ich halte ihn für den kürzesten und treffendsten [77]), und ich bin der Überzeugung, daß sich der Sprachgebrauch des Lebens eben aus diesem Grunde durch jenes juristische Bedenken nicht

77) Will man ihn vermeiden, so empfiehlt sich am meisten die von Stobbe gewählte Bezeichnung: Rechte an immateriellen Gütern, während der von Andern gebrauchte Ausdruck: Individualrecht leicht zu Mißverständnissen Anlaß gibt (s. u.). Jedenfalls ist es ein systematisches Bedürfniß, diese Rechte unter einen Begriff zusammenzufassen und eine zusammenfassende Darstellung derselben zu geben, wie Stobbe es in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts gethan hat, B. 3 S. 1 ff.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. wird beirren lassen, ja ich glaube sogar, daß er in nicht gar langer Zeit auch von der Wissenschaft adoptirt werden wird. Es wird sich hier dieselbe Erscheinung wiederholen, welche wir im römischen Recht vor Augen haben: die Uebertragung der ursprünglich für die Sache bestimmten Begriffe und sprachlichen Wendungen auf die Rechte.

Alle Akte und Verhältnisse des Vermögensrechts haben ursprünglich die Sache zum Gegenstand gehabt [78]), das sichtbare, faßbare Ding bildet das erste und natürliche Object des Rechts und aller rechtlicher Verfügungen. Aber von
S. 305. diesem materiellen Ausgangspunkt hat sich das Recht nach und nach zu einer immateriellen, spiritualistischen Auffassung erhoben, welche die res incorporalis mit der res corporalis auf eine Linie stellt; die Begriffe und Wendungen, welche für letztere gemünzt waren, werden jetzt, soweit das überhaupt möglich ist, auch auf die Rechte übertragen. So der für den Verkauf einer Sache ausgebildete Begriff des habere auf den Verkauf von Forderungen, Erbschaften, des Ususfructus, der der locatio rei auf die Pachtung von Gefällen (d. i. Ausübung von Rechten), selbst der Begriff des jus in re wird von der Sache auf Rechte übertragen, das Pfandrecht und der Ususfructus auf Forderungen und ein ganzes Vermögen erstreckt.

Das Äußerste, wozu sich das römische Recht in dieser Richtung erhoben hat, ist die Erweiterung des Besitzes von dem Sachenbesitz (corporalis possessio) auf den Rechtsbesitz (juris possessio), denn wenn irgend ein Begriff auf die Sinnlichkeit angelegt ist, so ist es der des Besitzes.

Wozu diese Ausführung? Um die obige Ausdehnung des Begriffs des Eigenthums von der Sache auf Rechte mit dem Beispiel der römischen Juristen zu rechtfertigen. Nehmen letztere keinen Anstand die sinnlichen Vorstellungen des älteren

78) S. meinen Geist des R. R. II, 2 S. 439 fl.

Rechts: des habere licere und des pignori dare auf Forderungen [79]) und den Begriff der possessio auf Servituten zu übertragen, ohne zu befürchten, der Klarheit der Rechtsbegriffe dadurch Eintrag zu thun, so sehe ich nicht ab, warum wir nicht dasselbe hinsichtlich des Eigenthumsbegriffes thun dürften. Die juris possessio steht der corporis possessio um nichts näher, als das geistige oder übersinnliche Eigenthum, oder wie man es sonst nennen will, dem realen oder sinnlichen, im Gegentheil die Entfernung ist dort eine ungleich weitere, denn der Besitz ist ein physisches, das Eigenthum ein Rechtsverhältniß. Die römischen Juristen schrecken vor dem Gedanken nicht zurück, den Ausdruck dominium selbst auf den ususfructus zu übertragen [80]), warum sollten wir es, wo ein Anlaß dazu vorliegt? In Bezug auf den Besitz haben auch sie sich die Bedenken nicht verhehlt, welche seiner Uebertragung auf die Servituten im Wege standen [81]), und die ersten Versuche, es zu thun, mögen vielleicht bei ihnen auf nicht geringeren Widerstand gestoßen sein, als die entsprechenden bei uns hinsichtlich des Eigenthums, aber der gesunde Sinn der römischen Juristen und die Erkenntniß, daß das Wesentliche des Besitzverhältnisses bei dem Rechtsbesitz ganz dasselbe sei wie beim Sachenbesitz, hat die rein sprachlichen Bedenken überwunden. Ganz dasselbe hoffe ich im vorliegenden Fall von der heutigen Jurisprudenz, es wäre der letzte

S. 306.

79) l. 13 § 2 de pign. (20. 1); cujus nomen pignori datum est l. 4 Cod. quae res pign. (8. 17) nomen pignorari.

80) l. 3 si ususfr. (7. 6) .. est enim absurdum plus juris habere eos, qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint, es soll dadurch der Gegensatz zwischen dem civilrechtlich (si legitime ejus factus esset) und prätorisch bestellten Ususfructus (traditus ex causa fideicommissi) ausgedrückt werden.

81) So Julian in l. 32 § 1 de S.P.U. (8. 2): natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, aber er überwindet das Bedenken damit: sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. Ebenso Paulus in l. 14 pr. de serv. (8. 1).

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. noch übrig bleibende Schritt zur vollständigen Immaterialisirung des Sachenrechts, — nachdem dasselbe sich bereits zu dem *Besitz*, *Pfandrecht*, *Nießbrauch* an Rechten erhoben hat, fehlt nur noch das *Eigenthum* an Rechten.

Es ist nicht Zufall, daß der vulgäre Sprachgebrauch diesen Schritt längst gethan hat, er hat hier wie gewöhnlich das Richtige vollkommen getroffen. Das *Wesentliche* des Eigenthums ist bei den Rechten, für welche der Sprachgebrauch S. 307. den Ausdruck in Anspruch nimmt, ganz dasselbe wie bei den Sachen, der einzige Unterschied besteht in der Verschiedenheit des *Gegenstandes*: in dem einen Fall ist es ein Recht, in dem andern eine Sache. Aber nicht der Gegenstand ist das Entscheidende bei den Rechten, sondern die rechtliche Beziehung des Berechtigten zu ihm, die auf den zwei Momenten des *Inhalts* und des *Rechtsschutzes* beruht[82]). Beide treffen für das Eigenthum an Rechten ganz so zu, wie für das an Sachen. Das *inhaltliche* Moment. Der Berechtigte hat in Bezug auf das Recht ganz dieselbe Stellung, wie der Eigenthümer hinsichtlich der Sache. Sein Recht ist wie das des letzteren ein *primäres* und *volles*, nicht wie das der Inhaber von jura in re ein *abgeleitetes* und *beschränktes*, beide verwirklichen den Gedanken der *ausschließlichen* und *dauernden* Bestimmung des (materiellen, immateriellen) Guts für die Person im Gegensatz zu der sei es *inhaltlich* oder *zeitlich beschränkten* bei den jura in re. Der *Rechtsschutz*. Jene Rechte sind ebenso wie das Eigenthum *absolut* (in rem) geschützt, nicht wie die Obligationen bloß *relativ* (in personam). Allerdings nimmt dieser Rechtsschutz bei ihnen eine etwas andere Gestalt an als beim realen Eigenthum. Von den beiden Klagen, mittelst deren er bei letzterem vermittelt wird, der reivindi-

82) Dem substantiellen und formalen Element des Rechts, wie ich es in meinem Geist des röm. R. III 1 § 60, 61 genannt und des Näheren entwickelt habe.

catio und der act. negatoria fällt erstere hinweg, da sie an die Voraussetzung des Gelangens der Sache in fremde Hände, abstract ausgedrückt an die Voraussetzung der gänzlichen Entziehung der Ausübung des Rechts geknüpft ist. Beim geistigen Eigenthum besteht die Verletzung stets bloß in einer Concurrenz in Bezug auf die Ausübung, in Übergriffen in die fremde Rechtssphäre oder, wie man es in Bezug auf die act. negatoria auszudrücken pflegt: in partieller Verletzung des fremden Eigenthums, es würde also nur die letztere Klage Platz greifen können. Aber selbst diese partielle Verletzung trägt beim geistigen Eigenthum einen andern Charakter an sich als beim körperlichen. Beim Eigenthum kann die Verletzung, sowohl die totale wie die partielle, mit dem Glauben der eigenen Berechtigung (bona fides) verbunden sein, d. h. lediglich ein objectives (unbefangenes) Unrecht enthalten ohne ein subjectives, beim unkörperlichen enthält sie stets beides zugleich, die Eingriffe in die fremde Rechtssphäre stellen sich hier stets, wenn auch nicht als bewußte, so doch als verschuldete und zurechenbare Rechtsverletzungen dar. Die Personen, welche sich dieselben zu Schulden kommen lassen, wissen oder müssen wissen, daß sie das nicht dürfen, was sie thun, ihnen fällt daher ihr Nichtwissen zur Last, sie hätten, wenn der Fall irgendwie zweifelhaft war (z. B. in Bezug auf das Erlöschen der Schutzfrist beim Urheberecht) sich vorher vergewissern sollen, erforderlichenfalls durch Anstellung einer Feststellungsklage, jedenfalls kann das gute Recht Jemandes nicht von dem Rechts- oder factischen Irrthum eines Andern, der sich hätte erkundigen können und müssen, abhängig gemacht werden. Man kann ihm dasselbe zurufen, was Ulpian zur Rechtfertigung der ädilicischen Klagen in l. 1 § 2 de aed. ed (21. 1) umfaßt: potuit enim ea nota habere; neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

S. 308.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Daraus ergibt sich, daß die act. injuriarum die zuständige Klage ist. Die Eingriffe in das unkörperliche Eigenthum charakterisiren sich als von vornherein (formal) unberechtigte ganz so wie diejenigen im Nachbarverhältniß, bei denen die Möglichkeit einer Servitut ausgeschlossen ist (S. 270).
S. 309. Wer die hier vertheidigte Ansicht, daß die Eingriffe in das unkörperliche Eigenthum stets injuriöse Rechtsverletzungen enthalten, nicht billigt, müßte zur act. negatoria greifen. Scheinbar würde er damit dem von uns ausgesprochenen Gedanken der Gleichheit des unkörperlichen Eigenthums mit dem körperlichen treuer bleiben als wir. In Wirklichkeit aber würde die act. negatoria, wenn man sie in dem Sinn versteht, den die Römer damit verbinden, für den Zweck nicht ausreichen, denn diese Klage geht bloß auf die Zukunft, nicht auf die Vergangenheit, d. h. sie kann nur erzielen, daß dem Beklagten der Eingriff in das Recht des Klägers für die Zukunft untersagt wird, nicht aber, daß er zur Schadensersatzleistung für die begangenen Eingriffe verurtheilt wird, dazu bedurfte es bei den Römern des interd. quod vi aut clam, der act. leg. Aquiliae oder der act. injur. Da die beiden ersten Klagen bei der Verletzung des geistigen Eigenthums keine Anwendung finden, so bleibt zum Zweck der Erzielung des Schadensersatzes nur die letztere übrig. Auch für den Schutz des körperlichen Eigenthums ist, wie oben (S. 277 fl.) nachgewiesen, die act. injur. völlig unentbehrlich; mittelst derselben wird nicht die Persönlichkeit als solche geschützt, sondern die Persönlichkeit im Eigenthum. So verkehrt es sein würde, in diesem Fall die Beziehung der act. injur. zum Eigenthum zu verkennen, so ungerechtfertigt wäre es, unserer Ansicht den Vorwurf zu machen, daß sie mittelst der ausschließlichen Verweisung auf die act. injur. für die Eingriffe in das unkörperliche Eigenthum letzteres als Basis der Klage aufgebe. Wäre diese Anknüpfung an das Eigenthum ausgeschlossen, so bliebe nichts übrig, als die von

Einigen für das Urheberecht geäußerte m. E. völlig verfehlte XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Idee der Begründung desselben auf das Recht der Persönlichkeit[83]). Es ist dies ganz derselbe systematische S. 310. Mißgriff, wie ihn Puchta begangen hat, als er den Besitz als Recht der Persönlichkeit charakterisirte. Es heißt mit den Worten und Begriffen spielen, wenn man die concreten Verhältnisse, welche die Person begründet hat, unter den Begriff der Persönlichkeit bringt. Indem sie dieselben begründet hat, ist sie über sich selbst hinausgegangen, hat sie eine Position in der Außenwelt genommen, und wenn das Recht letztere schützt, schützt es nicht mehr die Person, sondern diese bestimmte rechtliche Position. Wie viel und wie wenig dazu gehört, um dieselbe zu begründen, ist vollkommen gleichgültig, und nicht minder, ob es eine Sache oder etwas Unkörperliches ist, zu dem sie die Beziehung herstellt. Das allein Entscheidende ist: die Person hat eine Beziehung hergestellt, welche das Recht schützt. So begründet die bloße Besitzaneignung, selbst die unrechtmäßige, eine Beziehung der Person zur Sache, und da das Recht dieselbe schützt, ein Rechtsverhältniß. So die Annahme einer Firma oder Marke von Seiten des Kaufmanns eine Beziehung zu ihr, und da das Recht dieselbe schützt und jedem Andern die Annahme derselben untersagt, ein exclusives Recht. Wollte man diese Verhältnisse darum, weil sie durch den bloßen Willen der Person hervorgerufen werden, als Rechte der Persönlichkeit charakterisiren, so müßte man dasselbe auch in Bezug auf die Occupation herrnloser Sachen thun, und man müßte das Eigenthum an ihnen unter den Gesichtspunkt des Rechts der Persönlichkeit bringen, weil die Person als solche das Recht hat zu occupiren. Einen Eingriff in das Recht der Person zu occupiren nimmt nur derjenige vor, wer einen Andern hindert, es auszuüben, nicht derjenige, der ihm das

83) S. darüber Stobbe a. a. O. S. 10.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Product der geschehenen Ausübung entzieht. Wer mich hindert, ein Theaterbillet zu lösen, tastet meine Persönlichkeit an, wer mir das gelöste Billet entzieht, nicht meine Persön-
S. 311. lichkeit, sondern mein concretes Recht. Ebenso verhält es sich mit dem unkörperlichen Eigenthum. Wer einem Kaufmann verwehren will, eine Firma, gegen deren Annahme kein rechtliches Bedenken obwaltet, anzunehmen, nimmt einen Eingriff in sein Recht der Persönlichkeit vor, wer sich der von ihm angenommenen Firma bedient, tastet nicht seine Persönlichkeit, sondern sein concretes Recht an.

So steht also das unkörperliche Eigenthum zum Recht der Persönlichkeit in keinem andern Verhältniß, als das körperliche. Der einzige Umstand, der darüber hat täuschen können, besteht darin, daß die Objecte desselben nicht sinnlicher Art sind. Aber der Schluß, daß alles Uebersinnliche im Recht der Persönlichkeit zuzuweisen sei, ist ein gänzlich verfehlter. Wer der Thatsache gerecht werden will, daß das Recht die exclusive Beziehung des Berechtigten zu jenen immateriellen Objecten ganz ebenso schützt wie die des Eigenthümers zu seinen Sachen, wird sich durch diese immaterielle Natur derselben in der Annahme eines Rechts an ihnen nicht beirren lassen. Es enthält doch wahrlich keine zu große Anforderung an das juristische Denken, den Begriff des Rechts von den körperlichen Gegenständen auf die unkörperlichen, auf Namen, Marken, Geistesproducte, Erfindungen u. s. w. zu übertragen. Wessen Vorstellung das nicht fertig bringt, soll aufhören Jurist zu sein, das juristische Denken muß im Stande sein, sich von den Banden des Sinnlichen frei zu machen.

Die vorstehende Ausführung wird es rechtfertigen, wenn ich oben (S. 375 Note 77) die Bezeichnung des Urheberrechts als Individualrecht für unzutreffend und irreführend erklärt habe. Sie soll dem Gedanken Ausdruck geben, daß das Individuum lediglich durch eigene That sich das Eigen-

thum an ihrem Geistesproduct verschafft hat. Aber der Aus- XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
druck entspricht dem nicht, er ruft vielmehr die Vorstellung hervor, daß das Recht, um das es sich handelt, mit seinem S. 312.
Schöpfer noch zusammenhängt, sich nicht von ihm abgelöst hat. Mit demselben Recht könnte man den Ausdruck auf das durch Occupation oder Specifikation erlangte Eigenthum anwenden, denn auch dieses Recht verdankt das Individuum lediglich seiner eignen That. Aber das Recht, das es sich damit erworben hat, liegt nicht mehr in seiner Persönlichkeit als solcher beschlossen, es hat sich vielmehr wie alle andern concreten Rechte von derselben abgelöst. Ganz ebenso verhält es sich mit dem Urheberrecht und mit allen sonstigen Fällen des geistigen Eigenthums, sie sind concrete Rechte geworden, und wenn wir zum Schutz derselben die act. injur. heranziehen, so ist es nicht ihre abstracte Function, mit der sie sich der Persönlichkeit zukehrt, die dabei zur Anwendung gelangt, sondern ihre concrete, welche hier wie in allen Fällen die injuriöse Verletzung eines concreten Rechts zur Grundlage hat.

Daß diese Voraussetzung bei der Verletzung des geistigen Eigenthums vorliegt, habe ich oben dargethan. Daß die Klage die nöthige Weite besitzt, um den Interessen, die hier auf dem Spiele stehen, vollkommen gerecht zu werden, bedarf nicht des Nachweises. Wie früher (S. 337 fl.) ausgeführt, verbindet sie mit der ökonomischen Function des Schadenersatzes zugleich die ideale der Satisfaction für die begangene Rechtskränkung und die prophylaktische einer Sicherung gegen Wiederholung der Eingriffe für die Zukunft. In manchen Fällen der Verletzung des geistigen Eigenthums wird es sich bloß um die beiden letzteren Zwecke handeln, so z. B. bei Ausstellung oder Verkauf von Photographieen von Privatpersonen ohne deren Erlaubniß Seitens der Photographen. Selbst bei Verletzungen des Urheberechts kann ein ökonomisches Interesse gänzlich fehlen, man denke z. B. an den Fall,

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. daß der Schriftsteller kein Honnoar erhalten hat, das Werk
S. 313. nur für die Freunde hat abdrucken lassen [84]). Ist doch selbst der Schutz des körperlichen Eigenthums nicht durch ein ökonomisches Interesse bedingt. Gegenstände, für welche Niemand einen Pfennig zahlen würde, z. B. Andenken an eine geliebte Person, Briefe von ihr, ein alter Hund, können mir höchst werth und theuer sein — soll mir die Vindication derselben aus dem Grunde versagt werden? Selbst der Grundsatz der pecuniaria condemnatio des römischen Formularprocesses setzte einer solchen Vindication kein Hinderniß entgegen, der Zweck ward erreicht durch das arbitrium judicis de restituendo; gab der Beklagte demselben keine Folge, so ward er in der sententia zwar auf Geld, aber nicht auf den Geldwerth der Sache, sondern auf die durch den Kläger mittelst jusjurandum in litem festgestellte Satisfactionssumme verurtheilt. Letztere hatte hier ganz dieselbe Bestimmung, wie bei der act. injur.: Genugthuung für injuriöse Rechtsverletzung (S. 285 Note 30).

Ich mache die Verhältnisse unseres heutigen Rechts namhaft, bei denen die act. injur. zu dem angegebenen Zweck Platz greift. Die meisten derselben bedürfen nur der bloßen Aufzählung; bei einigen derselben möge man mir erläuternde Bemerkungen verstatten, welche vorzugsweise dem Zweck dienen sollen, dieselben von den übrigen Gestaltungen des geistigen Eigenthums abzuheben.

Es sind folgende:

1. Das Urheberrecht.

2. Die Erfindungspatente.

Die Erfindung steht mit dem Geistesproduct insofern auf einer und derselben Linie, als sie gleich dieser eine geistige
S. 314. That ist, deren Früchte vom Recht dem Urheber zugesichert werden. Aber die Form, in der dies bei beiden geschieht, ist

84) Daraus ergibt sich, daß die Auffassung des Urheberrechts als Vermögensrecht zu eng ist; s. dagegen Stobbe a. a. O. S. 12. 24.

eine verschiedene, bei den Geistesproducten erfolgt die Zuerkennung des Rechts an denselben abstract durch Rechtssatz, bei den Erfindungen concret durch Verfügung der Verwaltungsbehörde (Patent), und ich kann es nicht billigen, wenn man das Recht des Erfinders unter den Gesichtspunkt des Urheberrechts bringt[85]). Die Verschiedenheit der Rechtsform ist in juristischer Beziehung zu wichtig, um nicht ihre Unterscheidung nöthig zu machen. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

3. Das geistige Eigenthum an Briefen.

Durch Zustellung eines Briefes erhält der Adressat das Eigenthum am Papier, aber nicht das geistige Eigenthum, wie man es ganz zutreffend zum Unterschiede von jenem körperlichen genannt hat, d. i. das Recht der Veröffentlichung, S. 315.

---

85) Wie dies Stobbe a. a. O. S. 34 thut. Die Art, wie er im Uebrigen die Erfindung von dem Geistesproduct abzuheben sucht, will mir nicht gefallen. Er sagt: „Die Erfindung ist ein faktischer Vorgang; sie gibt an sich noch kein Recht, ebenso wie ein Dichter, welcher den Stoff für sein Werk nur gedacht, aber nicht in eine bestimmte Form gebracht, noch kein Urheberrecht hat. Was bei einem literarischen Werk die Form, ist die staatliche Anerkennung bei der Erfindung." Die literarische Production ist ganz derselbe factische Vorgang wie die Erfindung, und der Erfinder steht nicht demjenigen Dichter gleich, welcher für seine Gedanken erst die Form sucht, sondern demjenigen, der sie gefunden hat, Beide sind mit ihrer Geistesarbeit vollständig fertig geworden. Aber gegen die fertige Schöpfung nimmt das Recht in beiden Fällen eine andere Stellung ein, in dem einen erkennt sie ihr den Schutz abstract durch Rechtssatz zu, in dem andern erst durch einen concreten Act der Verwaltungsbehörde. Früher war letzteres auch bei Geistesproducten erforderlich (Nachdrucksprivilegien), damals war also die rechtliche Stellung des Schriftstellers keine andere als die des Erfinders heutzutage. Der Fortschritt, der bei jener gemacht ist, besteht nicht darin, daß „die Form" die staatliche Anerkennung ersetzt, sondern daß die staatliche Anerkennung in Bezug auf sie durch Rechtssatz, für die Erfindungen aber durch concrete Verfügung (Patent) ertheilt wird, das Erforderniß der Form d. i. des faßbaren, fertigen Ausdrucks des Gedankens besteht für beide in völlig gleicher Weise.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. letzteres verbleibt vielmehr dem Schreiber oder seinen Erben, eine Veröffentlichung des Briefes ohne deren Willen begründet die act. injur.

Auch dieses Recht hat man unter den Gesichtspunkt des Urheberrechts gebracht[86]), meines Erachtens aber sollte man es ebenfalls von ihm unterscheiden. Das Urheberrecht in dem Sinn, wie die Sprache den Ausdruck einmal auffaßt, hat zum Gegenstande Schriftwerke, die zum Zweck der Veröffentlichung verfaßt sind, bei denen also der Urheber zum Publikum zu reden gedenkt. Briefe dagegen sind an den Einzelnen gerichtet und nur für ihn bestimmt, der Zweck einer spätern Veröffentlichung liegt dabei in der Regel gänzlich fern. Wenn das Recht auch in Bezug auf sie die Veröffentlichung ohne Erlaubniß des Verfassers oder seiner Erben untersagt, so ist die Rücksicht, welche dabei obwaltet, eine gänzlich andere, als bei den Schriftwerken, welche von Anfang an für die Veröffentlichung bestimmt sind. Es ist nicht die Sicherung der Veröffentlichung wie bei letzteren, sondern umgekehrt der Schutz gegen Veröffentlichung. Der Schriftsteller will die Veröffentlichung, aber er will sie selber vornehmen, der Briefsteller will sie nicht, er will nicht, daß die Äußerungen, die er im Vertrauen einer einzelnen Person gegenüber gethan hat, dem ganzen Publikum bekannt werden, kurz die Rücksicht, welche dem Verbot der Veröffentlichung von Briefen zu Grunde liegt, ist die Sicherung gegen einen Akt der Indiscretion. Die Veröffentlichung durch die Presse aber ist nicht die einzige, sondern nur eine der Formen, wodurch letztere begangen werden kann. Wer einen
S. 316. Brief, dessen Geheimhaltung vom Absender zur Pflicht gemacht war, anderen zeigt, zur Abschrift mittheilt, in öffentlicher Versammlung vorliest, begeht ganz dieselbe Indiscretion,

86) Stobbe a. a. O. S. 26.

wie derjenige, der ihn abdrucken laßt. Es ergiebt sich daraus, XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
daß die Heranziehung des Urheberrechts, welches lediglich den Fall der Vervielfältigung auf mechanischem Wege betrifft, das Interesse, um welches es sich bei Briefen handelt, nicht deckt. Das gedruckte Buch darf ich in öffentlicher Versammlung vorlesen, den Brief, welcher Mittheilungen enthält, die bloß für mich bestimmt sind, und durch deren Veröffentlichung ich den Schreiber vielleicht in empfindlichster Weise bloß stellen würde, nicht. Umgekehrt kann man m. E. die Bestimmungen über das Urheberrecht (Nachdruck) auch nicht schlechthin auf die Veröffentlichung von Briefen ohne vorher eingeholte Erlaubniß ihres Urhebers zur Anwendung bringen. Schriftwerke dürfen schlechthin nicht von einem Andern als dem Verfasser oder demjenigen, auf den er das Recht dazu übertragen hat, veröffentlicht werden. Soll dasselbe auch von einem Briefe gelten, in dem ein Reisender oder ein Soldat aus der Schlacht eine Nachricht mittheilt, welche für das Publikum das größte Interesse hat, und den der Empfänger veröffentlicht? Sind dürftige Briefe von wenigen Zeilen „Schriftwerke, Manuskripte" im Sinn unseres Urhebergesetzes? Sicherlich nicht! Das Interesse, welches für die Frage der Veröffentlichung bei ihnen maßgebend wird, ist nicht das literarische der Autorschaft oder das ökonomische der eigenen Ausnutzung des Geistesproductes, sondern das rein persönliche der Scheu vor der Öffentlichkeit. Wer einen unverfänglichen Brief ohne Nennung des Namens des Absenders in der Zeitung abdrucken läßt, trägt dieser Scheu vollkommen Rechnung und begeht nichts Unerlaubtes, wer ganz dasselbe hinsichtlich einer von einem Andern veröffentlichten Druckschrift oder eines von ihm verfaßten S. 317.
Manuskriptes thut, begeht einen Nachdruck.

Diese Verschiedenheit des geistigen Eigenthums an Briefen vom Urheberrecht bewährt sich auch historisch, nämlich daran, daß ersteres von der juristischen Doctrin bereits längst

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. anerkannt worden war, bevor noch von einem Urheberrecht die Rede war [87]), letzteres hat sich erst mit der Buchdruckerkunst und bekanntlich sehr mühsam und allmählich entwickelt. Auch die Römer würden schwerlich Anstand genommen haben, eine unbefugte Mittheilung eines Briefes unter den Gesichtspunkt der injuria zu bringen: ich verweise auf den Fall der unbefugten Verlesung des Testaments in l. 41 pr. ad leg. Aq. (9. 2) secreta judiciorum (epistolarum) publicare.

In diesem Sinn glaube ich denn das geistige Eigenthum an Briefen von dem an Schriftwerken unterscheiden und die Anwendbarkeit des Urheberrechts zurückweisen zu sollen. Die Frage, in wie weit dasselbe anzuerkennen und zn schützen sei, ist eine reine Interessenfrage, welche dem Ermessen des Richters zu überweisen ist. Eine rein formalistische Behandlung derselben, welche den Satz zu Grunde legen wollte: Brief ist Brief, würde zu den abgeschmacktesten Resultaten führen, zu denselben, wie beim körperlichen der Satz: Sache ist Sache, (S. 315) oder wie beim Besitz die Gleichstellung der indifferenten Einwirkungen auf eine fremde Sache mit den relevanten (S. 312). Ohne den Gesichtspunkt des Interesses kann einmal das Recht nicht auskommen — wo es die durch ihn vorgezeichneten Grenzen überschreiten wollte, würde es der Absurdität der Transcendentaljurisprudenz (S. 316) verfallen. Auch das Urheberrecht legt für diesen be-
S. 318. stimmenden Einfluß des Interesses Zeugniß ab, wofür ich auf die Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 in § 7 („Was nicht als Nachdruck anzusehen ist",) verweise; die hier angeführten vier Fälle würden bei einer rein formalistischen Durchführung des Urheberrechts zweifellos unter den Begriff des Nachdrucks fallen. Um so weniger kann es zweifelhaft sein, daß der Gesichtspunkt des Interesses auch

87) S. die Zeugnisse bei E. Steinbach, das Eigenthum an Briefen nach österr. Recht in den Wiener jurist. Blättern 1879, No. 14; sie reichen bis auf Bartolus hinauf.

bei der Frage vom Eigenthum an Briefen zu Grunde zu legen ist. Die Veröffentlichung von Briefen ohne Erlaubniß des Urhebers oder seiner Erben erzeugt nicht schlechthin die act. injur., sondern nur dann, wenn ein (ökonomisches oder persönliches) Interesse dadurch verletzt wird. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

4. Privatphotographieen[88]).

Darf ein Photograph die Photographie einer Privatperson, die sich von ihm hat aufnehmen lassen, ohne deren Erlaubniß in seinem Schaufenster ausstellen oder verkaufen? Sicherlich nicht! Juristisch liegt die Sache ganz so wie im obigen Fall. Der Empfänger hat das körperliche Eigenthum am Briefe, der Photograph an der Platte, aber so wenig wie sich aus ersterem das Recht ergibt, den Brief zu veröffentlichen, so wenig aus letzterem das Recht, die Photographie öffentlich auszustellen oder zu verkaufen. Der Brief ist nur für den Empfänger bestimmt, die photographische Aufnahme nur geschehen, damit der Besteller die Abzüge erhalte. Beide brauchen daher eine andere als die von ihnen beabsichtigte Verwendung nicht zu dulden, und in diesem Sinn kann man, wie dem Verfasser des Briefes am Briefe, so dem Besteller der Photographie an der Photographie das geistige Eigenthum zusprechen. Der Photograph, der in der angegebenen Weise verführe, würde eine injuriöse Rechtsverletzung begehen und sich der act. injur. aussetzen. Manchen Personen mag daran allerdings sehr wenig liegen, aber nicht Jeder sieht es gern, wenn seine Photographie oder die seiner Frau oder Tochter am Schaufenster prangt oder in das Album von Leuten kommt, denen er selber sie niemals geben würde. Zu seiner Sicherung gegen einen derartigen Miß- S. 319.

88) Der Ausdruck soll die Photographieen, welche eine Privatperson von sich anfertigen läßt, von den photographischen Nachbildungen von Kunstwerken unterscheiden. Für letztere kommen die Bestimmungen des Urheberrechts zur Anwendung, auch hier wiederum mit Berücksichtigung des Gesichtspunktes des Interesses.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. brauch wird man ihm sogar das Recht einräumen müssen, die Tilgung der Platte zu verlangen; nach geschehener Benutzung hat der Photograph kein Recht mehr an derselben, die Berufung auf sein körperliches Eigenthum an derselben würde Seitens des Richters ebensowenig Beachtung verdienen, als die gleiche des Miethers, der sich einen Hausthürschlüssel hat machen lassen, den der Vermiether nach Beendigung des Miethsverhältnisses herausbegehrt.

Was hier von den Photographieen gesagt ist, gilt ebenso für die Ausstellung von Porträts auf öffentlichen Ausstellungen ohne Erlaubniß des Bestellers oder von einer photographischen Abnahme derselben Seitens des Malers.

5. Muster und Modelle.

6. Zeichen und Marken.

7. Der kaufmännische Name (Firma).

8. Adlige Wappen.

Letztere bilden ein exclusives Recht der Familie, der dieselben zustehn, und jedem Mitgliede derselben muß es freistehen, gegen Annahme derselben von Seiten eines Nichtberechtigten einzuschreiten [89]); es ist nicht das Wappen, um
S. 320. das es sich dabei handelt, sondern die dadurch kundgegebene Zugehörigkeit zur Familie. Darum läßt sich dies auf die bloßen Siegel nicht ausdehnen, ihre Annahme steht Jedem frei.

9. Der Privatname.

Die Frage, ob auch der gewöhnliche oder Privatname (im Gegensatz des kaufmännischen, durch Eintragung in das Handelsregister gegen Annahme von Seiten Anderer gesicherten: der Firma, in Bezug worauf ich auf das

89) Ob die Obrigkeit einschreiten kann, hängt davon ab, ob man das Wort „Adelsprädikat" im Art. 360 No. 8 unseres Strafgesetzbuchs streng wörtlich auf die sprachlichen Prädikate des Adels beschränken will oder nicht. Ich meinerseits glaube, daß auch die Wappen darunter fallen, sie „prädiciren" ebenso gut den Adel wie die Wörtchen: von, Baron, Graf.

Handelsrecht verweise) Gegenstand des geistigen Eigenthums XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
sei, d. h. ob der Träger des Namens ein Recht habe, die Annahme desselben einem Andern zu verwehren, ist eine Frage des Civilrechts und bekanntlich sehr streitig [90]). Man braucht sich nur die Consequenzen zu vergegenwärtigen, um die Idee eines solchen exclusiven Rechts als eine gänzlich unsinnige zu erkennen. Wenn Schmidt den Namen Meier, oder Meier den Namen Schmidt annimmt, so würden im ersten Fall sämmtliche Meier, im letzten sämmtliche Schmidt dagegen Einsprache erheben können! Zu welchem Zweck? Ein Interesse steht hier gar nicht auf dem Spiele, den Trägern beider Namen kann es gänzlich gleichgültig sein, ob ihre Zahl sich um einen vermehrt, mit jedem Geburtsfall in einer dieser Familien tritt ganz dasselbe ein. Nun gibt es allerdings neben diesen ganz allgemein verbreiteten Namen auch solche, auf deren ausschließliche Führung der Träger mit Recht einen hohen Werth legt, Namen von historischem Klang in der Politik, Kunst, Literatur, die vielleicht nur sehr wenigen Individuen zukommen: hervorragende Unica in der Namenswelt. Aber auch in Bezug auf sie würde ich Anstand tragen, ein exclusives Privatrecht auf den Namen anzunehmen. Der einzige Weg, der dem Träger desselben offen steht, um sein S. 321.
Interesse zu wahren, besteht meines Erachtens darin, dasselbe bei der Verwaltungsbehörde zur Geltung zu bringen: im Fall der unbefugten Führung des Namens durch Anzeige bei der Polizei, im Fall der beabsichtigten Namensänderung durch Einsprache bei der Regierung, welche dieselbe zu genehmigen hat [91]).

90) S. darüber **Stobbe** a. a. O. S. 52 Anm. 7 und die Literaturangaben im Urtheil des Reichsgerichts in den Entscheidungen desselben in Civilsachen V, No. 45.

91) Das französische Recht schreibt zu dem Zweck die öffentliche Bekanntmachung der beabsichtigten Namensänderung vor und hält innerhalb eines Jahres Jedem das Einspruchsrecht offen — sicherlich der richtigste Weg, um den Interessen der betheiligten Personen gerecht zu werden.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Ein ganz anderes Ding aber ist es, wenn die unbefugte Annahme des Namens darauf zielt, eine Täuschung dritter Personen über die **Identität der Person** zu bewirken, wenn sich der unbefugte Träger desselben für den wirklichen Träger desselben ausgibt. Hier handelt es sich nicht um den bloßen **Namen**, sondern um das gerechtfertigte Interesse ihres Trägers, daß nicht ein Dritter sich die **Stellung** aneigne, die ihm der Name verschafft. Eine unbedeutende Sängerin, die den Namen einer berühmten Sängerin annimmt, begeht damit nicht bloß eine Täuschung des Publikums, sondern sie gefährdet den Ruf der letzteren, sie sucht sich mittelst der Annahme des Namens die Vortheile anzueignen, auf welche der Name Aussicht gewährt. Nicht um den **Namen** handelt es sich hier, sondern um den **Ruf** seines Trägers. Würde es dagegen keinen Schutz geben, so könnte Jemand unter dem Namen eines Andern die unehrenhaftesten Dinge begehen; ein Glücksritter trägt sich im Fremdenbuch unter dem Namen eines berühmten Mannes ein und sucht nachher das Weite. Ob ein solcher Fall Grund zur kriminellen Verfolgung gibt, ist vollkommen gleichgültig, der Privatperson muß die Möglichkeit eröffnet sein, gegen einen solchen Mißbrauch ihres Namens auf civilrechtlichem Wege vorzugehen.

S. 322. Nicht der **Name** ist das Entscheidende, sondern der **Ruf**, der sich an denselben knüpt. Wenn die Sängerin Bertha Schultze unter dem Namen Lina Meier auftritt, so wird keine ihrer unbekannten Namensschwestern gegen die unbefugte Aneignung dieses Namens Einsprache erheben können, es fehlt das Interesse an der Behauptung des mit dem Namen verbundenen Rufs — ein abermaliger Beleg für den von mir im Lauf dieser Abhandlung schon an so manchen Verhältnissen nachgewiesenen Grundsatz[92]), daß die Rechte am In-

92) Ich stelle hier, wo ich zum letzten Male diese **neutrale Zone**, die **Indifferenzregion** der Rechte berühre, sämmtliche Anwendungs-

teresse ihr Ende und ihre Grenze finden. Wenn dagegen Jemand unter dem Namen Gustav Freytag eine Fortsetzung der Ahnen herausgeben würde, so würde letzterem zweifellos dagegen ein Einspruch zustehen. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Die Theorie kann das Recht am Namen nur gründen auf die Geburt und die Taufe und daher nur für den Familien- und Taufnamen Rechtsschutz zugestehen, nicht dagegen für den angenommenen. Wohin dies führen würde, zeigt der in der deutschen Literaturgeschichte zu so großer Celebrität gelangte Fall Heinrich Clauren gegen Wilhelm Hauff. Der Taufname des ersteren war Karl Gottlieb Heun, sein Schriftstellername Heinrich Clauren. Unter dem letzteren Namen gab Hauff, um dessen süßliche, sentimental-unsittliche Weise zu persifliren, den Mann im Monde heraus, und Heun ward dagegen klagbar. Hätte der Richter sich hier durch eine rein formalistische Auffassungsweise vom Recht am Namen d. h. am Taufnamen leiten lassen wollen, so würde er dem Kläger erwidert haben: auf den Namen Heinrich Clauren hast Du gar kein Recht, es ist nicht Dein Geburtsname, sondern ein willkürlich, ohne Zustimmung der Be- S. 323.
hörde angenommener, und wie Du ihn willkürlich angenommen hast, darf es auch der Beklagte. Umgekehrt dagegen hätte er allen Personen, welche in Wirklichkeit den Namen Heinrich Clauren führten, eine Klage gegen ihren falschen Namensvetter zugestehen müssen — die eine Entscheidung ebenso verkehrt wie die andere —! Der Schriftstellername wird erst durch denjenigen, der ihn führt, zu dem gemacht, was er ist, er ist eine literarische That desselben, und wer sich denselben aneignet, tastet damit den Ruf desselben an — ob dies bloß sein persönliches oder auch sein ökonomisches Inte-

fälle zusammen: Besitz (S. 312), Eigenthum (S. 315), Jagdrecht (S. 319, bei ihm auch Gegensatz der jagdbaren und nicht-jagdbaren Thiere), Recht an Briefen (S. 385), Urheberrecht (S. 388).

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. resse gefährdet, ist völlig gleichgültig. Hätte ein Kaufmann oder Schuster den Namen Heinrich Clauren angenommen, so würde letzterer dagegen keine Klage haben erheben können, so wenig wie umgekehrt ein Kaufmann gegen einen Schriftsteller, der dies in Bezug auf den seinigen gethan hätte — die Gefahr, daß der Usurpant des fremden Namens sich die eigenthümlichen (literarischen, kaufmännischen) Vortheile aneigne, die mit demselben verbunden sind, liegt in beiden Fällen nicht vor.

So ist also nicht die kirchliche Taufe für das Recht auf den Namen das Maßgebende, sondern die eigene That ihres Trägers, es ist die zweite Taufe, durch die der Name erst seinen Klang in den kaufmännischen, künstlerischen, wissenschaftlichen Kreisen erhalten hat, für die er seine Geltung beansprucht. Der bloße Name ist nichts als ein Ton, ein Ton wie jeder andere, seinen Werth bekommt er erst durch das, was er bedeutet. Darum enthält die bloße Annahme meines Namens noch keinen Eingriff in mein Recht, denn dies thut der Bedeutung, die er für mich hat, nicht den mindesten Eintrag — es gibt Tausende, die selbst bis auf die Vornamen herab ganz denselben Namen führen, aber für Jeden bedeutet er etwas Verschiedenes. Diese Uebereinstim-
S. 324. mung im Namen läßt sich einmal nicht abwehren, Jeder muß sie sich gefallen lassen. Aber was er sich nicht gefallen zu lassen braucht, ist, daß ein Anderer sich die Bedeutung aneigne, die er für ihn hat d. i. sich für ihn ausgebe, und wie wenig der Name dafür ausmacht, zeigt der angegebene Fall, wenn mehrere ganz denselben Namen führen. Mein Namensträger, der sich für mich ausgibt, macht sich desselben Delicts gegen mich schuldig, wie derjenige, der zu dem Zweck erst meinen Namen annimmt — der Name als solcher thut nichts zur Sache. Das allein Entscheidende ist der Versuch der Täuschung über die Identität der Person, und er ist ebensowohl möglich ohne als mit Annahme des fremden

Namens — auch ohne Annahme meines Namens kann Jemand sich für mich ausgeben, z. B. indem er, ohne den eigenen Namen zu nennen, den Irrthum einer Person, die ihn mit mir verwechselt, benutzt. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Hiermit ist zugleich der Gesichtspunkt gewonnen, um die mit der hier vorgetragenen Ansicht, daß es kein im Wege des Civilprozesses zu verfolgendes Recht am Namen gebe, scheinbar in Widerspruch stehende Rechtsprechung einheimischer und auswärtiger Gerichte richtig zu würdigen[93]). In allen diesen Fällen handelt es sich nicht sowohl um den Namen als solchen[94]), als um die durch die unbefugte Annahme desselben kundgegebene Zugehörigkeit zu einer bestimm- S. 325.
ten Familie. Wenn eine Frau, welche mit einem zum hohen Adel gehörigen Manne in einer den Hausgesetzen zufolge nicht gültigen Ehe verheirathet war, nach dem Tode des Mannes den Namen und Wappen desselben fort führt, wenn das uneheliche Kind eines Adligen sich dessen Namen aneignet, so liegt dabei die Absicht zu Grunde, den Schein der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie zu erregen, die in Wirklichkeit nicht existirt, und mit Recht haben die Gerichte in diesen Fällen die Führung des Namens untersagt. Der Umstand, daß es adlige Namen waren, ist dafür völlig gleich-

93) Erkenntnisse oberster gemeinrechtlicher Gerichte in Seuffert, Archiv VI, 6 (Darmstadt), XVII, 3 (München), XIX, 114 (Celle), des Reichsgerichts in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen II, 39.

94) Nur der dürftige Bericht über das Erkenntniß von München XVII, 3 läßt diesen Thatbestand nicht erkennen, der Satz, der hier aufgestellt wird, daß der Familienname ein unantastbares Recht begründe, ist in dieser Allgemeinheit ein gänzlich unhaltbarer, der Urheber hat sich die Consequenzen schwerlich vergegenwärtigt: Schultze, Meier, Müller, Schmidt sind auch Familiennamen — hat Jeder, der ihn führt, das Recht, einem Andern die Annahme desselben zu verwehren? Sollen sämmtlichen Taylors in England gegen einen bekannten deutschen Schriftsteller, der unter diesem Namen Romane schreibt, Klagen gegen denselben gegeben werden?

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. gültig; auch dem Bürgerlichen muß unter gleichen Voraussetzungen, wenn Jemand als angeblicher unehelicher Sohn von ihm durch Annahme seines Namens eine Verwandtschaft mit ihm zu prädiciren gedenkt, die rechtlich nicht existirt, ganz dasselbe Recht der Einsprache dagegen zugestanden werden. Der Vater, dessen Sohn mit einem Frauenzimmer in wilder Ehe gelebt hat, braucht nicht zu dulden, daß sie sich durch Annahme seines Namens vor dem Publikum als seine Schwiegertochter, und daß die Kinder aus dieser Verbindung sich als seine Enkel geriren. Der Name kommt hier nicht als solcher in Betracht, sondern als Prätention eines Verwandtschaftsverhältnisses. Diese Prätention ist selbst ohne Annahme des Namens möglich, und sie kann selbst bei Gleichheit des Namens eine grundlose sein. In beiden Fällen wird es Niemandem verwehrt werden dürfen, ein Verwandtschaftsverhältniß mit Personen, mit denen er nicht verwandt ist, abzulehnen, zum besten Beweise, daß es auch in den obigen Fällen nicht sowohl der Name als solcher, sondern der durch Annahme desselben kundgegebene Anspruch der Familienangehörigkeit ist, welcher den Gegenstand des Streites bildet.

Die Umstände können in solchen Fällen der unbefugten S. 326. Annahme eines fremden Namens derartig beschaffen sein, daß die Frage von dem Anrecht des Beklagten auf Führung des Namens wirklich zweifelhaft ist. Unter dieser Voraussetzung würde die Klage nach römischer Terminologie als Präjudicialklage, nach heutiger als Feststellungsklage zu bezeichnen sein, materiell gesprochen: der Richter hätte bloß auf Aberkennung des Rechts, nicht auf Strafe zu erkennen. Ist der Fall dagegen so beschaffen, daß der Beklagte sich der Nichtzuständigkeit des Rechts bewußt sein muß, so liegt darin eine injuriöse Rechtsverletzung, und der Richter müßte bei der unter dieser Voraussetzung Platz greifenden actio injur. nicht bloß auf einfache Aberkennung und Verbot der ferneren Fortführung des Namens, sondern auf Verlangen des Klägers auch auf Strafe (Satisfactionssumme) erkennen.

XI. Die Obligation.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.

Unser heutiges Recht kennt eine Form der Obligation, welche den Römern unbekannt war: die Papiere auf den Inhaber, und es sind in Bezug auf sie neuerdings zwei Fragen Gegenstand der Besprechung in öffentlichen Blättern geworden, welche uns Gelegenheit bieten, die aufgestellte Theorie der act. injur. zur Anwendung zu bringen.

Die eine betrifft die Theaterbillets und sie ist hervorgerufen worden durch den oben (S. 349) mitgetheilten Fall. Der Theaterreferent, dem die Lösung des Billets in eigener Person versagt worden war, hatte sich durch eine andere Person ein Billet lösen lassen, ward aber von dem Dienstpersonal mit dem Bemerken zurückgewiesen, daß die Direction die Anweisung ertheilt habe, ihm den Eintritt ins Theater schlechthin zu verwehren.

Daß die Direction dazu nicht befugt war, kann keinem S. 327. Zweifel unterliegen. Es steht ihr frei, einer bestimmten Person das gewünschte Theaterbillet zu verweigern (S. 350), aber es steht ihr nicht frei, demjenigen, der ein von ihr ausgegebenes Theaterbillet vorweist, den Eintritt zu versagen. Durch Verkauf des Billets hat sie eine Verpflichtung contrahirt, die sie nach der Natur des Theaterbillets als Inhaberpapier, jedem Inhaber gegenüber zu erfüllen hat. Nur wenn in seiner Person solche Gründe entgegenstehen, welche im Interesse der übrigen Theaterbesucher seine Abweisung rechtfertigen (z. B. Trunkenheit, unanständige Kleidung), kann sie ihm den Eintritt verwehren. Thut sie es abgesehen davon, so begeht sie damit nicht eine einfache Contractswidrigkeit, sondern sie macht sich einer injuriösen Rechtsverletzung schuldig. Es ist ein Akt schnöder Willkür, offener Mißachtung eines zweifellosen Rechts. Daß in diesem Fall die act. injur. in der von mir entwickelten Function gar nicht zu entbehren ist, bedarf nicht des Nachweises. Mit der Ausgleichung des peku-

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. niären Schadens (Rückgabe des Preises des Theaterbillets) ist hier dem Interesse des Berechtigten nicht Genüge geleistet, es muß ihm eine Genugthuung verschafft werden, und da eine strafrechtliche Verfolgung wegen Beleidigung in diesem Fall schwerlich Aussicht auf Erfolg hätte, so bleibt nur der privatrechtliche Weg der act. injur. übrig, ein abermaliger Beleg dafür, daß dieselbe auch im heutigen Recht von hohem Werth ist.

Die zweite Frage betrifft die Retourbillets bei Eisenbahnen. Die Eisenbahnen haben neuerdings die Benutzung derselben für die Rückfahrt von Seiten anderer Personen als des ursprünglichen Fahrgastes untersagt, und die Frage, ob sie rechtlich dazu befugt seien, ist Gegenstand richterlicher Entscheidung geworden. Ein bei der Anhalter Bahn angestellter
S. 328. Schaffner hatte Retourbillets, die ihm von Fahrgästen überlassen worden waren, an den Portier eines Hotels in Halle zum Zweck der Veräußerung an Reisende verkauft, und es war gegen ihn eine Anklage wegen Beihülfe zum Betruge erhoben worden. Damit war die angegebene Benutzung des Retourbillets als Betrug erklärt, der Fahrgast, welcher sich des von ihm nicht gelösten Retourbillets bedient hatte, ward beschuldigt, sich als den ursprünglichen Käufer gerirt und sich dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvortheil angeeignet zu haben. Das Schöffengericht in Halle schloß sich der letzteren Auffassung an und verurtheilte den Angeklagten zu sechs Wochen Gefängniß, die dagegen eingelegte Berufung an das Berliner Landgericht ward verworfen, in der Revisionsinstanz jedoch vom Kammergericht in Berlin das angefochtene Urtheil anfgehoben. Der Vertheidiger führte aus, daß eine bloße Instruktion der Bahnverwaltungen dem gekauften Retourbillet seinen Charakter als Inhaberpapier nicht rauben könne, jeder Inhaber habe das Recht, dasselbe zu verkaufen, und der Erwerber einen civilrechtlichen Anspruch auf Beförderung.

Ich trete dieser Auffassung vollkommen bei. Ein In-

haberpapier, das es nur in gewissen Richtungen sein soll, in XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
andern nicht, ist eine contradictio in adjecto. Hält die Eisenbahnverwaltung es einmal aus guten Gründen für angemessen, statt der Personalbillets, wie sie bei der Post allgemein üblich sind und auch bei ihr in Form der auf einen bestimmten Namen gestellten Rundreisebillets vorkommen, Inhaberbillets auszugeben, so kann sie das daran für den Erwerber sich knüpfende Recht nicht willkürlich wieder beschränken. Mit dem Erlös desselben erwirbt er das Recht, ganz nach seiner Wahl es entweder selber zu benutzen oder es einem Andern zu überlassen, und wie dies für ein einfaches Billet gilt, so auch für das Retourbillet, und dafür begründet auch der Umstand, ob es für die Hin- oder Rückfahrt benutzt werden soll, keinen Un- S. 329.
terschied. Eine Verfügung der Eisenbahnverwaltung, welche die letztere Benutzungsweise verbietet, setzt sich mit den zweifellosesten Rechtsgrundsätzen in Widerspruch, und der Richter hat sie ebenso wenig zu respectiren, wie Bestimmungen von Privaten, welche dem Recht zuwiderlaufen. Die civilrechtliche Form, in der ihm die Gelegenheit geboten wird, das Recht der Privatperson gegen eine derartige Verwaltungswillkür in Schutz zu nehmen, ist unsere act. injuriarum. Es ist eine schnöde Mißachtung des Rechts, wenn einem Fahrgast, der ein Retourbillet vorweist, die Benutzung desselben für die Rückfahrt aus dem Grund versagt wird, weil er dasselbe von einem Andern erstanden hat. Rechtlich war er dazu vollkommen befugt, sein Recht ist das nämliche, wie das des ursprünglichen Erwerbers, und wie dieser wegen grundlos verweigerter Mitfahrt die act. injur. hat, ebenso er.

Daß eine Eisenbahnverwaltung nicht die Macht hat, allgemeine Rechtsgrundsätze durch ihre Reglements oder Instruktionen an das Dienstpersonal außer Kraft zu setzen, bedarf nicht der Bemerkung. So zweifellos das Dienstpersonal derartige Anweisungen zu beachten hat, so gänzlich bedeutungslos sind dieselben für den Richter, — sowohl für den Strafrichter,

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. wenn es sich darum handelt, ob ein Fahrgast, der im Widerspruch mit dieser Bestimmung ein Retourbillet benutzt hat, sich eines Betruges schuldig gemacht hat, da es an der Voraussetzung des rechtswidrigen Vermögensvortheils fehlt, — wie für den Civilrichter, wenn der mit einem solchen Fahrbillet abgewiesene Fahrgast die act. injur. anstellt. Es könnte scheinen, und die Ansicht wird sicherlich von den Eisenbahnverwaltungen vertheidigt werden, daß die Sache sich juristisch völlig anders stelle, wenn die als lex generalis ungültige Bestimmung mittelst eines ihr entsprechenden Vermerkes auf den
S. 330. Billets zur lex specialis contractus erhoben worden ist: der Fahrgast, kann man sagen, habe sich hier dem Eisenbahnreglement unterworfen. Es ist dies der Weg, den die Eisenbahnverwaltungen bereits anderweitig eingeschlagen haben, um sich manchen ihnen unbequemen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches zu entziehen. Aber das objective Recht setzt der Autonomie der Parteien Grenzen. Neben solchen Bestimmungen, welche sie durch Vertrag ausschließen können, gibt es auch solche, welche das Recht mit gewissem Vorbedacht, um der Ausnutzung der Abhängigkeit, der Nothlage der einen Partei durch die andere, der contractlichen Erpressung, könnte man sagen, vorzubeugen, zu absoluten Normen des Vertrages erhoben hat. Es steht den Parteien frei, den Vertrag abzuschließen oder nicht, aber wollen sie es einmal, so muß es in dieser Gestalt geschehen. Es sind dies Bestimmungen, welche das Gesetz so zu sagen im obervormundschaftlichen Interesse für den Verkehr erlassen hat, um sich des Schwachen gegen den Uebermächtigen anzunehmen, und gerade im Eisenbahnverkehr ist bei dem enormen Uebergewicht, welches die Verwaltung über die Privaten hat, diese obervormundschaftliche Fürsorge der Gesetzgebung mehr als irgendwo indicirt. Wohin das Princip der uneingeschränkten Vertragsfreiheit im Eisenbahnwesen führt, zeigt in abschreckender Weise England, wo die Verwaltungen gegen einzelne Geschäftsleute

z. B. Besitzer von Kohlenbergwerken, einen Zwang ausgeübt XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
haben, der sich als wahrer Eisenbahndespotismus bezeichnen läßt[95]).

Man kann dies zugeben und dennoch die Anwendung auf die Frage von den Retourbillets bestreiten. Ich meinerseits wende den obigen Gesichtspunkt auch auf sie an. Man S. 331.
möge mir verstatten, einen Fall zur Vergleichung anzuführen; ich glaube, daß dadurch das wahre Sachverhältniß am ersten ins richtige Licht tritt. Der A verkauft dem B Inhaberpapiere, macht aber mit ihm aus, daß er dieselben nicht an C weiter begeben dürfe, für welchen Fall er sich vielmehr das Eigenthum vorbehalte. Welcher Jurist wird hier behaupten, daß dieser Vorbehalt gültig sei, daß A vom C das Inhaberpapier vindiciren könne? An die Stelle von A setze man die Eisenbahnverwaltung, an die von B den Käufer, an die von C den dritten Erwerber des Retourbillets, und die obige Frage ist entschieden. Eine solche Beschränkung, wie die Eisenbahnverwaltung sie dem Käufer des Billets aufzuerlegen beabsichtigt, verträgt sich einfach nicht mit dem Charakter eines Inhaberpapiers, sie ist der Bestimmung, die dasselbe einmal hat und haben soll, ebenso widersprechend, wie die Bestimmung beim Pfandrecht, daß die verpfändete Sache nicht verkauft werden solle: pactio nulla, quasi contra jus posita (l. 7 § 2 de dist. pign. 20. 5), oder wie die Eingehung einer Societät, bei der der eine Theil allen Vortheil, der andere allen Schaden haben soll. Der Wille der Parteien kann ein Rechtsinstitut nicht zu etwas anderem machen, als was es einmal ist, — wer ein Inhaberpapier ausgiebt, muß sich die Consequenzen, die mit demselben verbunden sind, gefallen lassen.

---

95) Ich verweise auf die höchst verdienstlichen und in dieser Beziehung äußerst lehrreichen Untersuchungen von Gustav Cohn über die englische Eisenbahnpolitik. Leipzig 1874, 1875, 1883.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Nun kann der Satz, den wir bei dem bisherigen Stande des Rechts glauben ablehnen zu müssen, auf dem Wege der Gesetzgebung allerdings eingeführt werden, und es ist zu erwarten, daß die Eisenbahnverwaltungen, wenn sie sich überzeugen, daß sie auf dem bisher eingeschlagenen Wege ihren Zweck nicht erreichen, es an Versuchen in dieser Richtung nicht werden fehlen lassen. Hoffentlich werden sie vergebliche sein; meiner Ueberzeugung nach würde die Gesetzgebung einen
S. 332. schweren Mißgriff begehen, wenn sie dem Drängen nachgeben wollte. Machen wir uns die Interessen, die sich hier gegenüberstehen, klar.

Auf der einen Seite steht das Interesse der Eisenbahn an der Mehreinnahme; der Verkauf des Retourbillets bringt sie um den Preis des einfachen Billets, das der Käufer sonst hätte lösen müssen. Ich lasse das Interesse der Steigerung der Eisenbahnerträge als ein vollberechtigtes gelten, bei den Staatsbahnen kommt dies mittelbar dem ganzen Volke zu gute. Aber so wenig dieser letztere Gesichtspunkt ausreicht, um bei andern Zweigen der Verwaltung, z. B. in der Steuer Maßregeln zu rechtfertigen, die sich mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit, Billigkeit nicht vereinigen lassen, oder welche gar Gefahren moralischer Art heraufbeschwören, ebensowenig bei der Eisenbahnverwaltung. Lassen wir diese Rücksichten bei der vorliegenden Frage zunächst gänzlich außer Acht, fassen wir lediglich das finanzielle Interesse ins Auge.

Ich werfe die Frage auf: wird das gesetzliche Verbot des Ankaufs oder der Benutzung von Retourbillets den gewünschten Zweck, die thatsächliche Uebertragung zu verhindern und dadurch die Eisenbahneinnahmen erheblich zu steigern, in Wirklichkeit erreichen? Man müßte sehr glaubensselig sein, um dies zu erwarten. Der Verkauf vollzieht sich nicht unter den Augen der Eisenbahnbediensteten, und von den Fällen, in denen ein Fahrgast sein Billet verkauft, wird unter hunderten, vielleicht unter tausenden kaum einer zur Kunde der Eisen-

bahnverwaltung gelangen. Nur dem gewerbsmäßigen Handel XXIII. Jahrg. Bd. XXIII.
mit Retourbillets, wie er an einzelnen großen Plätzen sich bereits ausgebildet hat, würden Schwierigkeiten bereitet, aber eben auch nur Schwierigkeiten, wirklich steuern läßt sich ihm nicht, denn die Leute, welche sich damit abgeben, sind gerieben genug, um sich regelmäßig der Entdeckung zu entziehen, und S. 333.
ihren Zuträgern in den Gasthöfen: Portiers, Hausknechten, Kellnern müßte an Stelle der Vergütung, die sie von ihnen bekommen, von Seiten der Eisenbahnverwaltung eine höhere geboten werden, um sie in ihr Interesse zu ziehen. Der effective Gewinn einer solchen Maßregel würde also im Vergleich zu dem an sich möglichen, auf den es doch bei derselben abgesehen ist, ein verschwindend kleiner sein. Lohnt sich derselbe des Preises, den er kosten würde? Ich will die Kostenrechnung aufnehmen.

Vom formaljuristischen Standpunkt würde sich die Maßregel als ein schwerer Verstoß gegen die Natur des Inhaberpapiers charakterisiren, der einfache Grundgedanke des Instituts, der bisher ausnahmslos durchgeführt ist, würde damit preisgegeben werden. So wenig ich geneigt bin, diesem Bedenken da einen Werth zuzugestehen, wo zwingende praktische Gründe ein Abgehen von der Consequenz des Rechts gebieten, so soll doch der Gesetzgeber ohne Noth keine Singularitäten und Abnormitäten einführen, die Aufrechterhaltung der Einfachheit und Consequenz im Recht hat nicht bloß wie die Technik des Rechts überhaupt[96]) ein hohes technisch-juristisches, sondern ein praktisches Interesse — der Gesetzgeber soll reiflich überlegen, bevor er sich mit diesem Interesse in Widerspruch setzt, das Uebergewicht muß ein ganz entschiedenes sein, um derartige Eingriffe zu rechtfertigen.

Daran fehlt es aber im vorliegenden Fall in dem Maße, daß sich umgekehrt die gewichtigsten legislativen Bedenken der

96) S. meinen Geist des R. R. II, 2 S. 326 u. fl.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Maßregel entgegenstellen. Das erste ist die in ihr enthaltene Unbilligkeit. Für den Käufer des Retourbillets handelt es sich, wenn er dasselbe im Fall der Verhinderung der persönlichen Benutzung verkauft, nicht um einen ungerechtfertigten
S. 334. Gewinn, sondern um Abwehr eines Verlustes. Seine Forderung an die Eisenbahnverwaltung, daß sie an seiner Statt einen Andern auf das Billet fahren lasse, ist eine vollkommen berechtigte, sie in keiner Weise beschwerende, er verlangt von ihr nichts weiter als die Leistung, zu der sie sich anheischig gemacht hat; ob sie den A oder den B befördert, macht für sie gar keinen Unterschied aus.

Auf Seiten der Eisenbahnverwaltung dagegen handelt es sich nicht um Abwehr eines Schadens, sondern um einen Gewinn und zwar einen Gewinn auf Kosten des A. Man wende nicht ein, daß dies der Preis sei, mit dem das Publikum die ihm im übrigen so vortheilhafte Einrichtung der Retourbillets bezahlen müsse, indem die Eisenbahnverwaltungen dieselbe ohne diese Einschänkung nicht würden aufrecht erhalten können, denn das ist einfach nicht wahr. Die Einrichtung der Retourbillets macht sich auch ohne diese Einschränkung bezahlt, nur in etwas geringerem Grade. Zwischen die Wahl gestellt: Aufhebung der ganzen Einrichtung der Retourbillets oder Beibehaltung derselben mit Zulässigkeit des Verkaufs, wird keine Eisenbahnverwaltung zweifelhaft sein, wofür sie sich zu entscheiden hat. Sie weiß aus Erfahrung, in welchem Maße die Retourbillets die Reiselust fördern, wie viele Fahrgäste ihr dadurch zugeführt werden, die sonst nicht reisen würden, und sie würde sich selber schädigen, wenn sie eine Einrichtung, die sich ihr als vortheilhaft bewährt hat, lediglich aus dem Grunde abstellen wollte, weil sie nicht den ganzen Ertrag abwirft, der möglich — die wenigen Procente Ausfall, welche der Verkauf der Retourbillets verursacht, bilden den Preis, mit dem sie dieselbe erkaufen muß. Daß es nur wenige Procente sind, kann keinem Zweifel unterliegen,

denn die meisten Käufer von Retourbillets benutzen sie selber, und von den wenigen, die daran verhindert sind, sind wiederum nicht alle in der Lage, einen Käufer suchen zu können. XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. S. 335.

Von erheblicherem Gewicht noch als dieser im Bisherigen geltend gemachte Grund, der das Verhältniß unter einem Gesichtspunkt erfaßt, den kein Gesetzgeber außer Acht lassen soll: dem der billigen Abwägung der beiderseitigen sich gegenüberstehenden Interessen, (Schaden auf der einen, Gewinn auf der andern Seite) von erheblicherem Gewicht als dieser erste ist der zweite: der criminalpolitische Gesichtspunkt. Das gesetzlich ausgesprochene Verbot der Benutzung fremder Retourbillets würde zur Folge haben, daß die Uebertretung desselben nach § 263 des St.G.B. criminell als Betrug verfolgt werden müßte. Der zweite Erwerber würde, da er sich thatsächlich als den ursprünglichen aufspielt, „durch Vorspiegelung falscher Thatsachen einen Irrthum erregen, um sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen". Ueber das Bedenkliche dieser Consequenz wird sich wohl Niemand einer Täuschung hingeben. Vom Standpunkt einer einsichtigen Kriminalpolitik gibt es nichts, das sie mehr vermeiden soll, als sich mit dem natürlichen Rechtsgefühl in Widerspruch zu setzen, indem sie Bestimmungen erläßt, bei denen sie das öffentliche Urtheil nicht auf ihrer Seite hat, und gegen die sie selber damit die Uebertretung herausfordert. Derartige Bestimmungen finden ihren einzigen Anker lediglich in der Furcht vor Entdeckung und Strafe; der moralische Halt, den im Grunde jedes eigentliche Strafgesetz im Unterschiede von dem bloßen Polizeigesetz an dem moralischen Gefühl des Volkes besitzen soll, fehlt ihnen, denn dem einfachen, natürlichen Gefühl des Volks wird es nie in den Sinn wollen, daß die Benutzung eines Inhaberpapiers von Seiten eines Andern als des ursprünglichen Erwerbers etwas Unmoralisches enthalte, der Strafrichter würde hier die öffentliche Meinung aufs entschiedenste gegen sich haben, — eine Lage, die das S. 336. Gesetz ihm und sich selber möglichst ersparen soll.

XXIII. Jahrg. Bd. XXIII. Zu diesem moralischen Gesichtspunkt gesellt sich noch ein anderer: die Rücksicht auf die praktische Verwirklichung des Gesetzes. Ohne Noth soll der Gesetzgeber Dinge nicht verbieten, die er thatsächlich regelmäßig gar nicht verhindern kann, die Autorität des Gesetzes leidet darunter, nicht bloß des einzelnen, sondern des Gesetzes überhaupt, wenn die folgenlose Uebertretung zur Regel, die Entdeckung und Bestrafung derselben zur seltenen Ausnahme wird. Daß dieß aber bei der obigen Maßregel der Fall sein würde, wird wohl nicht des Nachweises bedürfen. Wer sieht es dem Fahrgast an, ob er das Retourbillet am Schalter oder von einem Fahrgast gekauft hat? Sollen die Schaffner sich die Nummer der Billets und die ursprünglichen Inhaber merken? Angenommen sie könnten es, sind die Schaffner auf der Rückfahrt dieselben wie auf der Hinfahrt? Eine Controlle über den legitimen Erwerb der Retourbillets ist hier so gut wie ausgeschlossen, und von tausend Fällen der Contravention würde kaum einer in der Weise zur Kunde der Eisenbahnverwaltung kommen, daß sie darauf hin mit Erfolg eine Anklage wegen Betruges veranlassen könnte. Dieser eine wirklich Ueberführte würde dann dem Strafgesetz verfallen, während tausende frei durchgingen — ein Sündenbock, der für alle andern büßen müßte! Ein Gesetz, das solche Resultate zur Folge haben muß, richtet sich selbst.

Aber selbst gegen den Unschuldigen könnte es seine Spitze kehren, es ist ein zweischneidiges Schwert, das ebensogut den Unschuldigen wie den Schuldigen treffen kann. Wer bürgt dem legitimen Erwerber des Retourbillets dafür, daß er nicht fälschlich beschuldigt wird, ein fremdes Retourbillet zu benutzen?
S. 337. In dem Fall hat er zu gewärtigen, daß er von der Fahrt ausgeschlossen wird. Die Sicherheit des Eisenbahnverkehrs, die jetzt eine absolute ist, würde durch die Befugniß der Eisenbahnverwaltung, den legitimen Erwerb des Retourbillets in Frage zu stellen, in empfindlicher Weise bedroht werden.

Niemand könnte sicher sein, ob nicht sein Retourbillet von XXIII. Jahrg Bd. XXIII. überdienstfertigen Schaffnern beanstandet würde. Auch die Rücksicht auf den *Verkehrszweck* der Eisenbahnen, der die unbeanstandete Benutzung derselben auf Grund der bloßen Vorweisung des Billets gebieterisch erheischt, würde sich mithin dem geplanten Gesetz entgegenstellen. Das Billet, das ich auf der Reise bei mir führe, muß mir dieselbe Sicherheit gewähren, wie das Geld, — sowenig wie ich bei letzterem Rede und Antwort zu stehen habe, woher ich es bekommen, ebensowenig beim Billet.

Auf Grund der bisherigen Erwägungen gelange ich zu dem Resultat, daß das Verbot der *Benutzung* von Retourbillets Seitens dritter Erwerber eine der verkehrtesten Maßregeln sein würde, welche die Gesetzgebung treffen könnte. Ob sie dagegen nicht Anlaß nehmen sollte, dem *gewerbsmäßigen Handel* mit Retourbillets, wie er sich an einigen Orten etablirt hat, auf polizeilichem und strafrechtlichem Wege zu steuern, ist eine andere Frage, die ich offen lasse, und die man bejahen kann, ohne sich mit den oben aufgestellten Gesichtspunkten in Widerspruch zu setzen. Für das reisende Publikum würde die einzige Folge davon darin bestehen, daß Personen, die nicht in der Lage sind, ihr Retourbillet selber zu benutzen, die Möglichkeit der Veräußerung erschwert würde. Völlig abgeschnitten würde sie ihnen auch dadurch nicht, wie sie es ja dem Obigen nach auch nicht soll. Ob die Maßregel wirklich den gewünschten Erfolg haben würde, dem gewerbsmäßigen Zwischenhandel wirksam zu steuern, darüber habe ich mich schon oben (S. 402) geäußert. Dagegen gäbe es ein anderes höchst wirksames Mittel, ihm ein Ende zu S. 338. machen. Die Eisenbahnverwaltung bestimme, daß Retourbillets auf der Rückfahrtsstation zu einem mäßigen Satze, bei dem Vortheil und Schaden zwischen ihr und dem Fahrgast ausgeglichen werden, z. B. 20 Proc. vom ursprünglichen Preise eingelöst werden können. Damit fällt für den Käufer

das Widerwärtige des Gedankens, sein Fahrbillet völlig nutzlos preiszugeben, hinweg, er erhält wenigstens etwas vergütet, und diese Aussicht wird ihn in den meisten Fällen abhalten, sich nach einem Privatkäufer umzusehen. Das Opfer an baarem Gelde, welches die Eisenbahn hier brächte, würde ihr dadurch reichlich ersetzt, daß sie die Retourbillets an sich zöge und um so mehr einfache Billets absetzte. Ich glaube, sie würde sich finanziell besser stehen als beim bisherigen Zustande. Der gewerbsmäßige Zwischenhandel würde dadurch lahm gelegt sein.

Vierundzwanzigster Band
(1886).

V. Die active Solidarobligation.

Ob die Solidarobligation im engern Sinne in derselben Weise wie die Correalobligation ebensowohl in activer wie in passiver Beziehung möglich sei, darüber herrscht Streit. Von manchen neuern Schriftstellern wird das Dasein der activen Solidarobligation in Abrede gestellt [1]), während Windscheid [2]) eine solche anerkennt und wenigstens einen sicheren Fall der Quellen in l. 14 pr. de nox. act. (9. 4) entdeckt zu haben glaubt, wobei er auf Puchta, Pandekten § 233 N. 1 verweist, welcher den Fall der l. 1 § 44 und l. 17 pr. Dep. (16. 3) in Bezug nimmt, wo mehrere Personen in solidum deponirt haben. XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. S. 129.

Im Folgenden soll der Nachweis erbracht werden, daß das Verhältniß der activen Solidarobligation dem römischen Recht in der That bekannt ist, wenn auch die römischen Ju-

1) So z. B. von Savigny, Obl.-Recht I S. 198, von Arndts Lehrbuch der Pandekten § 214, Wächter, Pandekten § 178, Baron, Pandekten § 246.

2) Lehrbuch des Pandektenrechts II § 298 Anm. 1.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. risten dasselbe in den Fällen, in denen sie Anlaß hatten es zu behandeln, nicht ausdrücklich als solches charakterisiren. Vorher S. 130. soll gezeigt werden, daß die Fälle, welche Puchta und Windscheid anführen, mit der Solidarobligation nichts zu schaffen haben.

I. Die angeblichen Fälle der activen Solidarobligation.

Unter den Beispielen der Solidarobligation führt Puchta a. a. O. neben einer Menge anderer Fälle, die sich sämmtlich auf die mehrfache Verpflichtung beziehen, auch einen Fall der mehrfachen Berechtigung an: „Die Forderungen mehrerer Deponenten, wenn sie nicht als Miteigenthümer deponirt haben". Mit den letzteren Worten beabsichtigt er den Fall zu treffen, wenn die mehreren Personen „pro parte" (l. 1 § 44 cit.) oder „rem communem" (l. 17 pr. cit.) deponirt haben, d. h. den Fall, wo die Absicht jedes der Deponenten nur auf seinen Theil gerichtet, eine Solidarobligation mithin ausgeschlossen war. Deponiren die mehreren in solidum, was ja auch im Falle des Miteigenthums möglich ist, so soll nach Puchta nicht eine active Correalobligation, sondern Solidarobligation entstehen. Den Beweis ist er schuldig geblieben. Die beiden Stellen sagen nichts weiter aus, als daß hier eine Verpflichtung in solidum entstehe; daß eine Solidarobligation im engern Sinne anzunehmen sei, trägt er in sie hinein. Aber nicht im Sinne der römischen Juristen. Das Verhältniß mehrerer Depositarien, bei denen dieselbe Sache in solidum deponirt ist, wird von ihnen als Correalobligation charakterisirt:

> l. 9 pr. de duob. reis (45. 2) Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus .... fiunt duo rei promittendi ...

und Papinian, von dem die Stelle herrührt, hebt dabei S. 131. ausdrücklich die Gleichheit des Verhältnisses bei den materiellen

Contrakten und der Stipulation hervor [3]). Es ist nicht ab- XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
zusehen, warum sie den letzteren Gesichtspunkt für den Fall der verabredeten solidarischen Haftung bei Mehrhiet der Interessenten auf activer Seite hätten verleugnen sollen; für den Depositar würde dies die nachtheilige Folge gehabt haben, daß er, wenn er in dem von dem einen der Deponenten erhobenen Proceß auf Grund eines seine Verpflichtung ausschließenden Einwandes z. B. des eigenen Eigenthums an der Sache (l. 45 pr. de R. J. 50. 17) oder des casuellen Unterganges derselben freigesprochen wäre, von jedem der andern aufs Neue hätte in Anspruch genommen werden können, m. a. W. daß ihm die exc. rei judicatae hätte abgesprochen werden müssen.

So ist also der Fall der activen Solidarobligation, den Puchta angeführt, zurückzuweisen. Ganz dasselbe gilt von dem von Windscheid. Die l. 14 pr. de nox. act. (9. 4), auf die er sich beruft, spricht von dem Fall, wenn der Eigenthümer eines Sklaven, der gegen verschiedene Personen Delicte begangen hat, von letzteren gleichzeitig mit Noxalklagen belangt wird, und sie bestimmt, daß er durch noxae deditio an denjenigen von ihnen, der zuerst ein obsiegliches Urtheil davongetragen habe, nicht allein von ihm, sondern auch von den Andern frei werde. Aber nicht etwa in der Weise, daß S. 132.
die übrigen noch anhängigen Processe nunmehr sistirt würden. Dieselben werden vielmehr zu Ende geführt, und es kommt

3) Die l. 1 § 43 Dep. (16. 4) steht dem nicht entgegen. Ulpian handelt hier von dem Fall der Deposition bei Mehreren ohne Verabredung der solidarischen Haftung. Hier haftet jeder der Depositare nur für das eigene Verschulden (dolus, culpa lata) nicht für das des Andern, während er unter der entgegengesetzten Voraussetzung wie jeder Correalschuldner auch für letzteres einzustehen hat, l. 18 de duob. reis (45. 2). In jenem Fall hat er nicht die exc. rei judicatae aus der Person des andern Depositars, denn personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit l. 22 de exc. rei jud. (44. 2) in diesem Fall wohl l. 42 § 3 de jurej. (12. 2).

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. bei allen zur Condemnation, aber dieselbe hat keinen Erfolg, die actio judicati wird den Siegern versagt, non necesse habet, heißt es vom Beklagten, quia omnibus dedere non potest, litis aestimationem offerre his, quibus dedere non potest. Arndts (§ 214 Anm. 1) wendet dagegen ein, daß hier kein Verhältniß der Solidarobligation vorliege, weil die noxae datio nicht in obligatione sei, sondern dem Verurtheilten nur das Mittel biete, sich dem Anspruch des Beschädigten zu entziehen. Allein m. E. irrt er darin, ich stimme vielmehr der von Lenel (das Edictum perpetuum S. 154 flg.) entwickelten Ansicht bei, daß die Noxalklage alternativ auf Leistung des Schadenersatzes oder noxae datio gerichtet gewesen sei, nur daß der Betrag des Schadens nicht vom Kläger in der Klage selbst angegeben, sondern unbestimmt gelassen („noxam sarcire oportere") und erst vom Richter ermittelt und im Urtheil festgestellt ward. Der Beklagte ward dadurch in die Lage versetzt, zu beurtheilen, ob es vortheilhafter für ihn sei, den Betrag zu entrichten oder den Sklaven abzutreten, was er bei Beginn des Processes nicht zu entscheiden vermocht hätte, da er ja nicht voraussehen konnte, wie hoch der Richter den Schaden taxiren werde; bei eigener, vom Richter nicht gebilligter Schätzung würde der Kläger sich der Abweisung wegen plus petitio ausgesetzt haben. Darum war die intentio bei der act. noxalis ebenso wie bei der actio furti („damnum pro fure decidere oportere") auf ein incertum gerichtet. Dadurch wäre nun formell allerdings die Möglichkeit geboten gewesen, sämmtliche Noxalklagen der mehreren Verletzten als gleiche aufzufassen und ihre Ansprüche in Hinblick auf die Verschiedenheit des Grundes, aus dem
S. 133. sie entsprungen waren, („ex pluribus tamen delictis") unter den Gesichtspunkt der activen Solidarobligation zu bringen. Allein materiell fordert jeder von ihnen etwas Verschiedenes: den Ersatz des ihm zugefügten Schadens; bei dem Einen betrug derselbe vielleicht 10, bei dem Andern 20, bei

dem Dritten 100. Wie hätte man bei dieser Verschiedenheit des Betrages der Forderung die mehreren Forderungen unter den Gesichtspunkt der activen Solidarobligationen bringen können, die ja an Voraussetzung geknüpft ist, daß die sämmtlichen Ansprüche durch einmalige Leistung getilgt werden? In unserm Falle gereicht die noxae datio an den Ersten, der ein obsiegliches Urtheil davonträgt, nur ihm zur Befriedigung, nicht den Andern, ihr Anspruch wird dadurch nicht getroffen, consequenterweise gehen also ihre Processe ungehindert weiter, und der Schuldner wird auch ihnen verurtheilt, nur daß ihnen die actio judicati versagt wird („ei, qui postea vicerit, actionem denegari judicati). XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.

Das Verhältniß der mehreren Kläger bei der Noxalklage ist also nicht das mehrerer solidarisch Berechtigter, welche dasselbe fordern, sondern das mehrerer Gläubiger im Concurse, welche verschiedene Ansprüche verfolgen. Hier wie dort werden alle Ansprüche nebeneinander und unabhängig von einander geltend gemacht, und der Schuldner wird Allen verurtheilt. Erst in der Exekutionsinstanz gehen beide Verhältnisse auseinander. Während im Concurse eine Vertheilung der Masse unter die Gläubiger erfolgt, tritt hier, wenn der Beklagte sich für noxae datio entscheidet, Prävention ein: occupantis meliorem esse conditionem, ei itaque dedetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit. Windscheid folgt hier statt der Lesart der Florentina: dedetur der in einigen Ausgaben sich findenden Lesart: debetur. Ob man so oder so liest, ist ziemlich gleichgültig, denn wenn auch der Jurist im Vorher- S. 134.
gehenden seine Frage anf das dedere stellt: an ipsi soli dedatur an vero vel omnibus dedi debeat, so kümmert ihn dabei doch nur das dedere debere (an ... dedi debeat) und wie immerhin man auch lesen möge, zwei Umstände machen es unmöglich, hier eine active Solidarobligation anzunehmen, einmal daß die Ansprüche der verschiedenen Klä-

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. ger materiell einen gänzlich verschiedenen Inhalt haben, und sodann daß die Leistung an den einen derselben, mag sie in noxae datio oder in Gewährung des Schadenersatzes bestehen, für die andern keine Befriedigung zur Folge hat.

Unser Resultat besteht mithin darin, daß weder der von Puchta, noch der von Windscheid beigebrachte angebliche Fall der activen Solidarobligation die Probe besteht. Da nun andere stichhaltige Fälle bisher nicht nachgewiesen sind, so kann es allerdings nicht Wunder nehmen, daß die herrschende Ansicht das Dasein der activen Solidarobligation in Abrede stellt; ob mit Recht, wird sich zeigen.

II. Ächte Fälle der activen Solidarobligation.

In den Quellen kommen zwei ächte Fälle vor, die sich der Beachtung von Seiten unserer modernen Jurisprudenz auffälligerweise gänzlich entzogen haben. Der eine ist der der Concurrenz des Mannes und der Frau bei einer ihnen letztwillig hinterlassenen Dos, der andere der der Coincidenz des legatum debiti und liberationis. Der erste Fall hätte den Bearbeitern des römischen Dotalrechts Gelegenheit bieten sollen, seine juristische Natur fest zu stellen. Negativ, mittelst Ablehnung der Correalität des Verhältnisses ist dies von Bechmann geschehen[4]), dem der spätere Bearbeiter
S. 135. der Lehre, Czyhlarz einfach sich angeschlossen hat[5]), wäh-

4) Das röm. Dotalrecht, Abth. 2, S. 131: „Daraus ergiebt sich ganz von selbst, daß das Verhältniß nicht so aufgefaßt werden darf, als wären Mann und Frau Correalgläubiger. Denn darin liegt eben gerade das Eigenthümliche, daß das legatum dotis nothwendig beiden zugleich zu Gute kommen muß, mag die Leistung an den Mann oder die Frau erfolgen; während die Correalforderung als solche immer nur für den einen oder den andern Gläubiger von effectivem Vortheil ist."

5) Das römische Dotalrecht S. 140 Anm. 14.

rend Hasse[6]) sich gar nicht geäußert hat. Und doch lag XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. die Erkenntniß der positiven Natur des Verhältnisses so außerordentlich nahe. Beide Ehegatten haben einen selbständigen Anspruch auf Auszahlung der Dos, der Verzicht des Mannes auf den seinigen beseitigt nicht den der Frau, ebensowenig die erfolglose Erhebung der Klage seinerseits, dagegen tilgt die einmalige Leistung von Seiten des Erben beide Ansprüche, weil beide dadurch befriedigt sind.

Ganz dasselbe gilt von dem Fall der Coincidenz des legatum debiti und liberationis. Wenn der Testator seinen Erben anweist, die Gläubiger seines Neffen zu befriedigen, so liegt darin für jene ein legatum debiti, für diesen ein legatum liberationis. Beide Legate werden durch die einmalige Zahlung erfüllt, beide Legatare haben ein selbständiges, von dem des Andern völlig unabhängiges Recht, so daß der Verzicht des Einen auf das seinige das des Andern nicht beseitigt. Also wiederum der Thatbestand einer Solidarobligation.

So würden wir die beiden Verhältnisse zu beurtheilen haben, auch wenn die Quellen uns nicht den mindesten Anhaltspunkt dafür darböten. Geht der Wille des Testators einmal dahin, was wir hier voraussetzen, beide Personen zu bedenken, so liegen in seiner, äußerlich die Form eines einzigen Legats an sich tragenden Verfügung in Wirklichkeit zwei Legate, welche nur darin zusammentreffen, daß beide auf dasselbe Ziel gerichtet sind, während sie im übrigen völlig S. 136. selbständig sind. Keiner der beiden Legatare hat Macht über das Recht des Andern, wie es bei der Correalobligation der Fall ist, nur die wirkliche Leistung, der der beiderseitige Verzicht auf dieselbe gleichsteht, räumt beide aus dem Wege, weil dadurch der Zweck, den der Testator im Auge hatte, erreicht ist. Wir haben darin das charakteristische Merkmal der So-

6) Das Güterrecht der Ehegatten § 88.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. lidarobligation im Gegensatz der Correalobligation: Zweckerfüllung[7]):

Aber diese Voraussetzung, daß der Testator beiden Personen einen selbständigen Anspruch hat einräumen d. h. jeder von ihnen ein Legat hat zuwenden wollen, braucht nicht zu bestehen, seine Absicht kann auch dahin gegangen sein, lediglich die eine Person zu bedenken. Unter dieser Voraussetzung fällt der Vortheil, welcher die Erfüllung des Legats für die andere zur Folge hat, unter den Gesichtspunkt der Reflexwirkung eines fremden Rechts[8]). In Bezug auf den Erfolg ist es für sie ganz so gut, als ob derselbe auf Grund eines eigenen Rechts herbeigeführt worden wäre; die Gläubiger erhalten bei dem legatum liberationis ihre Zah-
S. 137. lung, die Frau bei dem legatum dotis an den Mann die Dos. Allein das ist nur die nothwendige Folge davon, daß der Legatar sich seines Rechts bedient hat, derselbe kann dies aber auch unterlassen, er kann auf sein Recht verzichten, sich vergleichen, die Klage verjähren lassen, und dagegen hat der andere Theil keinen Schutz, da ihm ja ein Recht vom Testator nicht zugedacht ist[9]).

---

7) Perceptione liberantur, non litis contestatione l. 3, 4 de his qui (9. 3), perceptione, non electione l. 4 § 4 quod falso (27. 6), non electione sed solutione liberantur, l. 1 § 43 Dep. (16. 3), pecunia soluta liberantur l. 52 § 3 de fidej. (46. 1), sufficit unum satisfacere l. 15 de tut. rat. (27. 3), si ab uno satisfactum fuerit ceteros liberari. l. 1 Cod. de cond. furt. (4. 8). Wegfall des Interesses: ceteri liberantur, cum nihil intersit, l. 1 § 4 de eo per quem (2. 10). Derselbe Gesichtspunkt der Zweckerfüllung gilt bekanntlich auch für den Fall, daß einer und derselben Person mehrere auf denselben Zweck gerichtete Klagen zustehen (s. g. Concurrenz der Klagen) z. B. die aus der ursprünglichen Forderung und dem constitutum, l. 18 § 3 de const. (13. 5): solutione liberationem contingere . . non litiscontestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

8) S. darüber meine Abhandlung in diesen Jahrbüchern X. Nr. 5.

9) l. 11 § 20 de leg. III (32): Plerumque evenit, multorum

Mit diesem Gegensatz der Möglichkeit einer doppelten Gestaltung des Verhältnisses erhebt sich die Schwierigkeit, welche dasselbe für die juristische Beurtheilung darbietet. Allerdings nicht in dem Fall, wenn, wie wir hier angenommen haben, der Testator sich klar darüber ausgesprochen hat, welche von beiden Formen er beabsichtigt hat; da ist alles klar und zweifellos. Wohl aber, wenn er dies unterlassen hat. Was ist hier anzunehmen: Solidarobligation oder Reflexwirkung? Soll, wenn das Legat der Dos auf den Namen des Mannes lautet, auch der Frau eine Klage zugestanden werden? Auch den Gläubigern, wenn das Legat bloß darauf lautet, daß der Erbe die Schulden des Neffen bezahlen soll? Oder soll man diesen Personen die Klage versagen, weil der Testator ihren Namen nicht genannt hat? Läßt sich annehmen, daß derselbe dem Namen einen so schwerwiegenden Einfluß hat einräumen wollen, daß bei dem Vermächtniß einer Dos an seine Tochter der Mann und bei dem an den Mann die Tochter von der Geltendmachung desselben hat ausgeschlossen sein sollen, oder daß er dem Neffen wie dessen Gläubigern eine gänzlich verschiedene Stellung hat einräumen wollen, je nachdem er sich so ausgedrückt hat: mein Erbe soll die Gläubiger meines Neffen befriedigen oder so: mein Erbe soll die Schulden meines Neffen bezahlen?

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. — S. 138.

Diese Bedenken sind auch den römischen Juristen bei beiden Arten von Vermächtnissen nicht erspart geblieben, und ich werde im Folgenden nachweisen, welche Stellung sie zu der Frage: Reflexwirkung oder selbständiges Recht genommen haben. Es war dieselbe Frage in Bezug auf letztwillige Zuwendungen wie die von der Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter in Bezug auf die Obligation. In beiden Fällen handelte es sich um die Frage: Soll der dritten Per-

---

interesse id quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse honorem habitum.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. son, welche sei es das ausschließliche, sei es das mitbetheiligte **Zwecksubject** der (letztwilligen, vertragsmäßigen) Verfügung bildet, ein selbständiges Klagerecht zugestanden werden? Obschon diese Frage principiell in beiden Fällen ganz dieselbe ist, hat sie doch von Seiten der römischen Jurisprudenz nicht dieselbe Beantwortung gefunden, für die letztwillige Verfügung hat letztere den dritten Personen die Klage schlechthin gewährt, für die vertragsmäßige nur in einzelnen Ausnahmsfällen, und erst unsere moderne Theorie hat in der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter denselben Schritt für das Verkehrsrecht gethan, den die römische für das Erbrecht bereits gemacht hatte, und damit den Vorsprung, den letzteres vor ersterem in Rom gewonnen hatte, ausgeglichen. Daß das Erbrecht vor dem Verkehrsrecht diesen Vorsprung gewinnen konnte, hängt mit der Verschiedenheit der **Form** der letztwilligen Anordnungen und der vertragsmäßigen Vereinbarungen zusammen. Die **Einseitigkeit** der ersteren gewährte dem Testator die Möglichkeit, mehrere Personen mittelst derselben Disposition **zugleich** zu bedenken[10]), selbst
S. 139. in der Periode des strengsten Formalismus konnte es keinem Bedenken unterliegen, daß ein Legat an mehrere Personen z. B. Titio et Maevio oder filiis meis fundum do lego gültig war. Als man es mit den Formen der letztwilligen Anordnungen nicht mehr so strenge nahm, stand nichts im Wege, aus einem Legat, welches bloß den A. nannte, auch dem B. einen Anspruch zuzugestehen, wenn sonst nur die Annahme begründet war, daß man damit der wirklichen Absicht des Testators entspreche. Ganz anders bei den Verträgen. Für sie galt der Satz: So viel Ansprüche, so viel Verträge. Aus einem Vertrage zwischen A. und B. konnte der C. nur dadurch einen Anspruch erhalten, daß er selber seinerseits sich

10) In **diesem** Sinn spricht Ulpian in l. 11 § 21 de leg. III (32) von „**unum legatum**", obgleich es, da aus demselben „plures ad persecutionem ejus admittantur", juristisch mehrere Legate in sich schließt.

versprechen ließ, und wenn der A. auch noch so sehr die Absicht hatte, ihm durch einen Vertrag mit dem B. ein Klagerecht zuzuwenden, so stellte sich dem die obige feststehende Regel entgegen. Um dem C. aus dem Legat des A. an den B. eine Klage zu gewähren, dazu brauchte man nicht mit den Grundsätzen des bisherigen Rechts zu brechen, man brauchte nur eine freiere Interpretation anzuwenden, dem erkannten Willen des Testators die Macht des Wortes zuzugestehen. Um dasselbe bei dem Versprechen des B. an den A. zu thun, dazu reichte eine größere Freiheit der Interpretation nicht aus, sondern man mußte sich von einem der ältesten und fundamentalsten Grundsätze des Obligationenrechts lossagen. Kein Wunder, daß dies nur mit Widerstreben und in besonders dringenden Fällen geschah, und daß die Entwicklung in dieser Richtung auch im neuesten Recht sich nicht wie auf dem Gebiete des Erbrechts zur Aufstellung eines *Princips* erhoben, sondern mit der Zulassung einzelner *Ausnahmsfälle* abgeschlossen hat. Für das Erbrecht lautet die Regel der klassischen Jurisprudenz: die Absicht des Testators, dem C. mittelst eines Legats, das lediglich den B. nennt, ebenfalls ein Legat zu hinterlassen, hat vollen rechtlichen Erfolg, d. h. der Vortheil, den er dem C. zuwenden will, fällt nicht unter S. 140.
den Gesichtspunkt einer *Reflexwirkung* des Legats an B., sondern eines *selbständigen Rechts*, es ist ein *zweites*, mit dem ersten *coincidirendes*, nur *äußerlich* nicht hervortretendes Legat. Für das Obligationenrecht lautet die Regel: die Absicht des A., durch seinen Vertrag mit dem B. dem C. eine Zuwendung zu machen, läßt sich principiell nur realisiren in Form der *Reflexwirkung*, nur in besondern Ausnahmsfällen wird dem C. eine *Klage* (actio utilis) gewährt. Daß die römischen Juristen sich zu dieser letzteren Concession überhaupt verstanden, ist wahrscheinlich auf Rechnung der freieren Entwicklung zu setzen, welche inzwischen auf dem Gebiete des Erbrechts Statt gefunden hatte.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Ich meine nicht bloß die soeben hervorgehobene der Emancipation von dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung, sondern auch diejenige, welche durch das Aufkommen der Fideicommisse vermittelt ward, und die in der hier behandelten Richtung in der Zulassung einer klageweisen Verfolgung aller solchen Auflagen bestand, welche einem Legatar im Interesse dritter Personen gemacht waren [11]). Schon Savigny [12]) hat mit Recht die Klage, welche dem Dritten bei der donatio sub modo auf Ausführung des zu seinen Gunsten hinzugefügten modus gewährt wird [13]), in Verbindung gebracht mit der aus einem bei der mortis causa oder
S. 141. einer widerruflichen Schenkung unter Lebenden auferlegten Fideicommiß [14]). Es war, wie er sagt, nur ein Schritt, wenn die divi principes eine ähnliche Wirkung auch bei einer unwiderruflichen Schenkung unter Lebenden gestatteten, bei welcher gleich anfangs dem Empfänger eine Leistung an einen Dritten auferlegt war. Es war also die Analogie der Fideicommisse, die man dabei in Bezug nehmen konnte. Auch noch in anderen Punkten haben die Vorgänge auf dem Gebiete des Erbrechts sicherlich den Impuls zu analogen Erscheinungen auf dem des Verkehrsrechts gegeben, wie ich dies z. B. in Bezug auf die Erzwingbarkeit der bei dem Verkauf eines Sklaven getroffenen Vereinbarung über dessen demnächstige Freilassung annehme [15]).

11) S. z. B. l. 114 § 14 de leg. I (30) über die Wirksamkeit eines dem Erben auferlegten Veräußerungsverbotes für die „persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est“, wo der Grundsatz aufgestellt wird: voluntatem esse servandam, ferner l. 7 de ann. (33. 1) . . . honoris municipii causa.

12) System des heutigen römischen Rechts IV S. 286.

13) l. 3 Cod. de don. quae sub modo (8. 55), utilem actionem secundum voluntatem donatoris. Vat. fragm. 8 286.

14) Für den ersten Fall l. 1 Cod. de don. m. c. (8. 57) und andere Stellen, für den zweiten l. 37 § 3 de leg. III (32).

15) Die Imitation der fideicommissaria libertas unter Lebenden l. 1,

Mit den Verträgen zu Gunsten Dritter ist ein Verhält- XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
niß in unsern Gesichtskreis getreten, welches für die uns hier beschäftigende Frage nach den Fällen der activen Solidarobligation nicht außer Acht gelassen werden kann. Der Thatbestand bei demselben ist in **objectiver** Beziehung ganz der gleiche, wie bei den beiden obigen Fällen, in beiden Verhältnissen ist es eine und dieselbe Leistung, welche von zwei Berechtigten in Anspruch genommen werden kann, in Frage kommt nur, ob diese Gleichheit sich auch in **subjectiver** Beziehung wiederholt, d. h. ob bei den Verträgen zu Gunsten Dritter beide klagberechtigte Personen eine ebenso selbständige Stellung einnehmen, wie bei dem Legat, welches zwei Personen einen selbständigen Anspruch auf dieselbe Leistung gewährt.

Ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten war schon nach strengem römischen Recht in der Weise möglich, daß Jemand auf Namen eines Andern ein dare vornahm. Hier galt juri- S. 142.
stisch nicht jener, sondern dieser als der Geber, folglich erhielt auch nur er, nicht zugleich jener eine Klage [16]), der Fall scheidet also von unserer Betrachtung gänzlich aus. So bleiben nur diejenigen Fälle, wo nach römischem oder heutigem Recht neben dem Contrahenten (A) auch der dritten Person (A^1) eine Klage zuzugestehen ist. Hat letztere ein selbständiges, von den Dispositionen des A gänzlich unabhängiges Recht? Sicherlich nicht! Der A kann den zu Gunsten des A^1 mit dem B geschlossenen Vertrag, soweit jener demselben nicht beigetreten ist, ändern z. B. die deponirte Geldsumme, die an ihn entrichtet werden sollte, zurücknehmen [17]), nur bei gewissen dem heutigen Bauern- und Familienrecht angehörigen Verträgen, z. B. den Gutsüberlassungsverträgen, in

3, 4 Qui sine man. (40.8), womit zu vergleichen der Titel de fideic. libert. (40. 5).

16) S. meine Abh. in diesen Jahrb. II S. 88 u. flg.

17) l. 19 Cod. de usur. (4. 32) . . . nisi forte eas receperit.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. denen die Eltern Leistungen an die Geschwister des Gutsübernehmers bedingen, oder den Eheverträgen, in denen Abfindungen zu Gunsten der Kinder aus früherer Ehe ausbedungen sind, ist dies nach manchen Rechten ausgeschlossen, nach römischem Recht galt dasselbe in Bezug auf die bei dem Verkauf von Sklaven getroffene Vereinbarung seiner demnächstigen Freilassung[18]. Nur in diesen letzteren Verhältnissen hat A¹ eine völlig selbständige, von dem Willen des A unabhängige Stellung. Ich werde auf die Frage sofort zurückkommen.

Daß nun in den Fällen der ersteren Art nicht von einer activen Solidarobligation die Rede sein kann, liegt auf der Hand. Das Einzige, was sie mit derselben gemein haben, besteht darin, daß hier zwei Ansprüche existiren, welche auf eine und dieselbe Leistung gerichtet sind und durch Vornahme
S. 143. derselben getilgt werden, aber diese beiden Ansprüche sind ihrer juristischen Anlage nach völlig verschieden. Der des A¹ ist lediglich accessorischer Art, er steht und fällt mit dem principalen des A, letzterer hat es bis zur geschehenen Erfüllung, insofern A¹ nicht mit seiner Zustimmung dem Vertrage beigetreten ist, stets in der Hand, dessen Anspruch zu beseitigen. Aus diesem Gesichtspunkt beantwortet sich auch die Frage von der Zuständigkeit der dem Einen gegenüber erworbenen exceptio rei judicatae gegen den andern Theil. Ist A mit seiner Klage abgewiesen, so hat B sie gegen A¹, nicht, wenn A¹ abgewiesen ist, gegen A — mit der rechtskräftigen Aberkennung des principalen Anspruches ist auch der accessorische aberkannt, nicht aber mit letzterem jener, mit dem Stamm fällt der Zweig, nicht aber mit dem Zweig auch der Stamm. Man könnte sich zur Bezeichnung dieser accessorischen Klage des A¹ des Ausdrucks actio adjectitiae qualitatis bedienen, sie stellt uns auf activer Seite dasselbe

18) l. 1 Qui sine man. (40. 8) . . . sed, etsi mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit.

Phänomen dar, wie letztere auf passiver Seite — „non trans- XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
fertur actio, sed adjicitur“.

Ganz anders aber gestaltet sich die Sache, wenn A[1] mit Zustimmung des A dem Vertrage beitritt, hier erlangt er ein selbständiges, von dem A völlig unabhängiges Recht. Es ist hier auf vertragsmäßigem Wege ganz dasselbe Verhältniß hergestellt, wie in den oben erwähnten Verhältnissen des modernen Rechts durch das Gesetz. Wie ist hier das Verhältniß der beiden auf dieselbe Leistung gerichteten Ansprüche aufzufassen? Jedenfalls nicht als Correalobligation. Denn dann würde A es in seiner Hand haben, durch Verzicht oder schlechte Proceßführung den A[1] um sein Recht zu bringen. Meines Erachtens liegt hier eine active Solidarobligation vor. Jeder der beiden Theile hat einen auf eine und dieselbe Leistung gerichteten Anspruch, unabhängig von den Schicksalen des andern; nur die wirkliche Leistung tilgt S. 144.
beide. Daraus ergibt sich, daß keinem der beiden Berechtigten die exc. rei jud. aus der Person des andern entgegensteht.

Von den Verträgen zu Gunsten Dritter unterscheidet die heutige Jurisprudenz die Schuldübernahme, eine Unterscheidung, die hier nicht zu erörtern, sondern als bekannt vorauszusetzen ist. In Bezug auf dieses Verhältniß gilt für unsere Frage dasselbe, was soeben für das erstere entwickelt worden ist: solange der Gläubiger dem Vertrage nicht beigetreten ist, hat er kein selbständiges Recht, er kann zwar aus demselben Klage gegen den B erheben, aber A kann den Vertrag mit dem B wiederum rückgängig machen. Erst dadurch, daß A[1] dem Vertrage beitritt, verliert A dieses Recht, und für den Fall, daß dies nicht in Form der Novation, sondern mit Vorbehalt des bisherigen Anspruches gegen A geschehen ist, stehen dem B zwei Gläubiger gegenüber, welche beide einen auf Zahlung der Schuld gerichteten völlig selbständigen Anspruch gegen ihn haben. Daß das Verhältniß nicht als Correal-, sondern als active Solidarobligation zu bestimmen ist, bedarf dem

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Obigen nach nicht der Ausführung. Es ist ganz dasselbe Verhältniß unter Lebenden, wie das des legatum debiti und liberationis im Testament. Der Schuldübernehmer hat die Stellung des Erben inne, der bisherige Schuldner die des Legatars aus dem legatum liberationis, der Gläubiger die des Legatars aus dem legatum debiti.

Ich stelle schließlich die verschiedenen rechtlichen Gestaltungen, welche die Verträge zu Gunsten Dritter nach römischem Recht annehmen können, kurz zusammen.

Es sind folgende vier:

1. Ausschließliche Berechtigung des A¹: Vornahme eines dare von Seiten des A auf seinen Namen.

2. Ausschließliche Berechtigung des A: die normale
S. 145. Gestalt der Verträge zu Gunsten Dritter im römischen Recht; die Wirksamkeit derselben für den A¹ fällt unter den Gesichtspunkt der Reflexwirkung.

3. Berechtigung beider Personen, selbständige des A, unselbständige des A¹: exceptionelle Gestalt der Sache im römischen, normale im heutigen Recht; die Klage des A¹ enthält ein Seitenstück der actio adjectitiae qualitatis.

4. Selbständige Berechtigung beider Personen: Gestalt der Sache im gewöhnlichen Vertragsverhältniß, wenn A¹ mit Zustimmung des A dem Vertrage beigetreten ist, und bei den obigen Verhältnissen des modernen Rechts; dort liegt eine vertragsmäßige, hier eine gesetzliche active Solidarobligation vor.

Mit den im Bisherigen aufgezählten Fällen: den beiden Legatsfällen aus dem Erbrecht und den Verträgen zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme aus dem Verkehrsrecht sind zwar nicht sämmtliche[19]), wohl aber die wichtigsten und interessantesten Anwendungsfälle der activen Solidarobligation

19) S. die Bemerkung am Schluß der Abhandlung.

erschöpft. Aber ich kann nicht umhin noch eines Verhältnisses XXIV. Jahrg Bd. XXIV.
zu gedenken, das der activen Solidarobligation ziemlich nahe kommt, es ist das der Concurrenz des Vaters und der noch in seiner Gewalt befindlichen Tochter bei Rückforderung der Dos. Das römische Recht befand sich hier in einer eigenthümlichen Schwierigkeit. Nach der Volksanschauung gehörte die Dos der Tochter, und nur für den Fall, daß letztere vor ihm verstarb, dem Vater. Aber wie vertrug sich ein solches Recht der Tochter mit dem Grundsatz, daß Kinder in der Gewalt nichts Eigenes haben können? Hätte man ihn aufrecht erhalten wollen, so hätte man der Tochter jedes Recht absprechen müssen, wodurch man sich mit der Volksanschauung in schroffsten Widerspruch gesetzt haben würde. So S. 146.
blieb denn nichts übrig, als sich zu der juristischen Abnormität zu verstehen, der Tochter ein Recht an der Dos zuzusprechen, — ein Vorgang, der sich übrigens in der Kaiserzeit beim Haussohn im peculium castrense wiederholte. Nach der Theorie der römischen Juristen haben Vater wie Tochter ein Recht an der Dos, es heißt von ihr „communis patris et filiae est" (l. 3, l. 22 § 1 Sol. mat. 24. 3), ipsius et filiae est (l. 2 § 1 ibid), in causam dotis filia particeps et quasi socia obligationis est (l. 34 § 6 de solut. 46. 3). Unsere heutigen Juristen haben hier strenger sein wollen als die römischen Juristen. Ein Hauskind kann einmal nichts Eigenes haben, folglich ist ein Recht der Tochter an der Dos unmöglich, wenigstens nicht als ein Recht von vermögensrechtlichem Charakter; zur Noth gesteht man ihm den Charakter eines familienrechtlichen zu. Als ob ein vermögensrechtlicher Anspruch dadurch, daß er in einem Familienverhältniß vorkommt, seinen vermögensrechtlichen Charakter d. h. daß er auf Geld gerichtet ist, verlöre! Damit könnte man auch die Singularität des peculium castrense aus dem Wege räumen, denn auch dieses hat das Verhältniß des Haussohns zur Voraussetzung. Wenn die Römer nicht davor zurückgeschreckt sind,

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. dem Haussohn in Bezug auf letzteres die Vermögensfähigkeit einzuräumen, so wüßte ich nicht, was sie hätte abhalten sollen, ganz dasselbe bei der Haustochter in Bezug auf die Dos zu thun.

Der Gesichtspunkt der gemeinschaftlichen Berechtigung von Vater und Tochter[20]) ist der maßgebende für die Gestaltung
S. 147. des ganzen Verhältnisses, in processualischer Beziehung, indem Vater und Tochter gemeinsam die Klage erheben müssen (pater adjuncta persona filiae), die Tochter erscheint hier als „particeps et quasi socia obligationis (l. 34 § 6 de solut. 46. 3), in materieller Beziehung, indem „non solum in exigenda, sed et in solvenda dote ... utriusque voluntas exquiritur (l. 3 cit.). Nur im Nothfall werden beide allein zur Klage zugelassen: der Vater, l. 2 § 2 l. 22 § 6, 9 Sol. matr. (24. 3), die Tochter, l. 22 § 10, 11 ibid. l. 8 pr. de proc. (3. 3).

Das Erforderniß der Gemeinsamkeit des Handelns sowohl in wie außer dem Proceß schließt in Bezug auf dies Verhältniß die Anwendbarkeit ebensowohl der Correalobligation, wie der Solidarobligation aus[21]). Jedenfalls aber

---

20) Dieselbe ist für beide Personen qualitativ dieselbe, nicht verschieden, wie Czyhlarz, a. a. O. S. 303 annimmt, welcher der Frau die Substanz der Forderung, dem Vater die Disposition zuspricht. Ersteres ist unverständlich, letzteres unrichtig, denn der Vater ist an die Zustimmung der Tochter gebunden.

21) Nicht also der Umstand, daß die Haustochter kein eigenes Vermögen haben kann, wie Bechmann a. a. O. S. 300 sagt. Ganz dasselbe würde auch dann gelten, wenn ihr in Bezug auf die Dos in ähnlicher Weise wie den Haussöhnen in Bezug auf das peculium castrense durch einen Akt der Gesetzgebung die Vermögensfähigkeit eingeräumt worden wäre, wie es meiner obigen Ansicht zufolge im Anschluß an die Volksanschauung bereits längst durch die Jurisprudenz geschehen war. Der entscheidende Gesichtspunkt, welcher die Correalobligation ausschließt, ist der angegebene, daß keiner der beiden Theile über das Recht des andern Macht hat.

neigt sich das Verhältniß mehr der letzteren als der ersten XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
zu, es theilt mit ihr die Sicherstellung jedes der Berechtigten gegen ihm nachtheilige Verfügungen von Seiten des andern, während die Correalobligationen jedem derselben die Macht gewährt, den Anspruch des andern zu beseitigen, und auch darin bewährt sich die Verwandtschaft mit der activen Solidarobligation, daß nicht die an den einen Theil beschaffte Leistung als solche den Schuldner befreit, sondern nur diejenige, welche dem andern zu gute gekommen ist (Gesichtspunkt der Zweckerfüllung)[22]).

Ich wende mich im Folgenden der Betrachtung der bei- S. 148.
den oben genannten Legatsfälle zu. Nicht zu dem Zwecke, um den Nachweis zu erbringen, daß sie wirkliche Anwendungsfälle der activen Solidarobligationen enthalten, was bereits oben (S. 415 fl.) geschehen ist, sondern um die römische Jurisprudenz bei ihrer Arbeit zu belauschen. Ohne Arbeit hat sie das Resultat, das wir mittelst dieses Gesichtspunktes ausgesprochen haben, nicht erreicht. Bei dem legatum dotis hat sie erst verschiedene andere Wege eingeschlagen, bis sie den richtigen getroffen hatte; an Schwierigkeiten aber fehlte es weder in dem einen noch in dem andern Fall.

III. Concurrenz des Dotalversprechens an den Mann mit dem Vermächtniß der Dos an die Frau.

Ich erwähne damit ein Verhältniß, dessen im Bisherigen noch nicht gedacht ist, der Kürze wegen habe ich mich bei der obigen Uebersicht auf den Fall des Legats der Dos beschränkt, in dem der Grund der solidarischen Berechtigung des Mannes und der Frau ein und derselbe ist. Der Grund derselben kann aber auch für beide Theile ein verschiede-

22) Eine weitere Ausführung ist hier nicht am Platz. Beispiele der Anwendung dieses Grundsatzes s. in l. 2 § 2 l. 22 § 1, 4, 11 Sol. matr. (24.3) l. 34 § 6 de solut. (46.3).

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. ner sein: für den Ehemann das ihm früher vom Vater der Frau geleistete Versprechen, für letztere das ihr hinterlassene Vermächtniß. Wenn ich diesen Fall zuerst behandle, so geschieht es, weil das Verhältniß der activen Solidarobligation bei ihm so offen vorliegt, daß die römische Jurisprudenz über die wahre Natur desselben gar nicht im Unklaren sein konnte. Bei dem bloßen Legat der Dos konnte sie in Zweifel sein, ob bloß die in demselben genannte Person oder auch der andere Ehegatte klagberechtigt sei, hier da-
S. 149. gegen war jeder Zweifel ausgeschlossen, beide Theile waren klagberechtigt: der Mann aus der Stipulation, die Frau aus dem Legat. Nicht minder klar war es, daß hier von einer Correalobligation nicht die Rede sein konnte, dazu fehlte es an der Voraussetzung der Einheit des Klaggrundes. Die Klage des Mannes aus der Stipulation war eine andere als die der Frau aus dem Legate, die einzige Verbindung zwischen ihnen bestand darin, daß sie auf denselben Zweck gerichtet waren, woraus sich die Anwendbarkeit der Regel ergab, welche die Juristen für jede sonstige Mehrheit der auf denselben Zweck gerichteten Klagen (Concurrenz der Klagen und passive Solidarobligation) zur Anwendung brachten: Untergang der sämmtlichen Ansprüche durch die mittelst der einmaligen Leistung bewirkte Erreichung des Zwecks d. h. in heutiger Terminologie ausgedrückt: das Verhältniß fiel unter den Gesichtspunkt einer Solidarobligation im engern Sinn.

Dasselbe wird von zwei römischen Juristen besprochen: von Ulpian in l. 29 de J. D. (13. 3) und von Julian in l. 84 § 6 de leg. I (30). Beide behandeln die Frage; wie sichert sich der Erbe gegen die Gefahr einer doppelten Erhebung desselben Anspruchs und zwar ersterer für den Fall, wenn zunächst bloß der Eine, letzterer für den, daß gleichzeitig Beide Klage erheben.

Ulpian unterscheidet, ob es die Frau ist, die zuerst klagt, oder der Mann. Im ersteren Fall spricht er dem Er-

ben das Recht zu, eine Caution zu verlangen: indemnem XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione agentem, im letzteren Fall verweist er ihn auf die exceptio doli. Warum nicht in beiden Fällen das Gleiche? Wenn Ulpian die Caution in dem einen Fall für nöthig erachtete, warum nicht auch in dem andern, oder wenn in dem einen die exc. doli ausreichte, warum nicht auch in dem andern? Der Grund liegt auf der Hand. Erfolgt die Auszah- S. 150.
lung an den Mann, so hat mit ihm zugleich auch die Frau die Dos,

> si maritus agat, nihil de indemnitate eum cavere oportebit, verum mulier post eum agens exceptione repelletur, quia semel dos praestita est,

erfolgt sie an die Frau, so ist weder in ihrer Person, noch in der des Mannes die Dos bestellt, denn zur Dos wird die Zuwendung erst in der Person des Mannes, also bei Auszahlung des Vermächtnisses an die Frau nur dann, wenn letztere ihm das Erhaltene ausliefert. Thut sie es nicht, so kann er sich nur an den Erben halten, da er gegen die Frau keine Klage hat, der Erbe kommt damit also in die Lage zwei Mal leisten zu müssen. Gegen diese Gefahr sichert er sich durch die von der Frau zu bestellende Caution:

> opposita doli exceptione non alias cogetur ei heres legatum solvere, quam si caverit, indemnem etc.

Daß Ulpian den Erben im andern Fall in Form der exceptio d. i. der exc. doli sichert, ist beachtenswerth. Man könnte erwarten, daß der Anspruch der Frau ipso jure unterginge, quia dos semel praestita est, allein da hier zwei selbständige Ansprüche vorliegen, welche nur darin zusammentreffen, daß die Leistung an den einen Berechtigten mittelbar zugleich die Befriedigung des andern bewirkt, so erklärt sich die Form der exceptio. Die Leistung hat nur demjenigen gegenüber die Wirkung der Zahlung, den Anspruch ipso jure zu tilgen, in dessen Person sie vorgenom-

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. men ist, dem andern ist nicht gezahlt, nur die Wirkung der Zahlung ist ihm zu gute gekommen.

Für den Fall, daß beide Ehegatten Klagen gegen den Erben erheben, gewährt Julian in l. 84 § 6 cit. dem Erben ebenfalls die exc. doli:

doli mali exceptione heres tutus erit,

S. 151. er braucht nur eine einzige Klage über sich ergehen zu lassen, es ist daher Sache der beiden klagberechtigten Personen, sich darüber zu verständigen, wer von ihnen sie erheben soll:

convenire inter eos oportet, ut alterutra actione contenti sint.

Wird die Frau dazu ausersehen, so muß der Mann sich durch das von ihr geleistete Versprechen der Herausgabe sicher stellen, wird es ihm überlassen, so bedarf es desselben nicht, in den Händen des Mannes nimmt das Gezahlte den Charakter des Dos an („in dotem solutio convertitur“ l. 71 § 3 de cond. 35. 1), und damit erhält die Frau ihren gesetzlichen Anspruch auf eventuelle Rückgabe derselben.

IV. Das Vermächtniß der Dos.

Bei Anwendung der strengen Grundsätze der Wortinterpretation hätte in objectiver Beziehung nur diejenige Zuwendung an den Mann oder die Frau als Dos angesehen werden können, bei der der Ausdruck: dos gebraucht worden war, wie z. B. in l. 71 § 3 de cond. (35. 1): dotis Sejae filiae nomine centum dato, und in subjectiver Beziehung, in Bezug auf die Frage, wer der Berechtigte sei, hätte der Name der in der Disposition genannten Person den Ausschlag geben müssen.

In beiden Richtungen hat die Jurisprudenz eine freiere Interpretation walten lassen. Daß in einer Zuwendung, welche der Vater dem Schwiegersohn „der Tochter wegen“ machte („genero filiae meae nomine centum

dare damnas esto") eine Dos zu erblicken sei, war den Juristen so wenig zweifelhaft, daß Julian in l. 48 § 1 de J. D. (23. 3), wo er eine solche Verfügung bespricht, es gar nicht für nöthig hält, dies besonders zu rechtfertigen. Im Sinne der Römer war eine Zuwendung des Vaters an den Schwiegersohn „für die Tochter" eine Dos, der Gedanke an eine Schenkung an den Mann oder an eine Zuwendung in das Paraphernalvermögen der Frau lag ihnen dabei so gänzlich fern, daß die Juristen dieselbe gar nicht erst zur Frage stellten. XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. S. 152.

In der zweiten Richtung weisen unsere Quellen Spuren einer Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen auf. Es finden sich alle drei Meinungen vertreten, welche hier möglich sind:

1. klagberechtigt ist ausschließlich der Mann,
2. ausschließlich die Frau,
3. beide sind klagberechtigt.

Als Vertreter der ersten Ansicht wird von Julian in l. 48 § 1 de J. D. (23. 3) Prokulus angeführt. Sie entsprach dem Formalismus des älteren Rechts — in der Disposition war der Mann genannt, folglich ist er der Berechtigte:

> Hanc pecuniam generum petere debere, exactam acceptam legatis referri,

Dem Interesse der Frau glaubt Prokulus durch die Bemerkung gerecht zu werden, daß sie durch Auszahlung der Dos an den Mann ihren gesetzlichen Anspruch auf demnächstige Rückgabe erhält:

> sed divortio facto de dote actionem mulieri reddendam Proculus respondit [23]).

23) Die sich daran reihenden Worte: et nihilominus dotis esse factam sind offenbar verstellt, sie sind ursprünglich dem obigen Passus vorangegangen und durch Versehen des Abschreibers an die unrechte Stelle gesetzt. Dies ergibt sich aus verschiedenen Gründen. Einmal daraus, daß

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. S. 153. Aber das traf nur für den Fall zu, wenn der Mann, was allerdings als Regel vorausgesetzt werden konnte, sich das Legat auszahlen ließ, nicht aber, wenn er, was doch als möglich angenommen werden mußte, darauf verzichtete; für diesen Fall war die Frau schutzlos. Daß, wie Hasse[24]) will, der Mann die Verpflichtung habe, das Legat einzuklagen, weil in dem bloßen Vermächtniß als solchem schon eine Bestellung der Dos liege, welche den Mann der Frau verantwortlich mache, kann ich nicht für richtig halten. So wenig es dem Mann verwehrt werden kann, eine ihm unter Lebenden angebotene Dos abzulehnen, ebenso muß es ihm auch frei stehen, auf eine ihm letztwillig hinterlassene Dos zu verzichten, das Legat begründet keine Verpflichtung zur Annahme, und daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß eine dritte Person, z. B. ein Fideicommissar, dem der Legatar restituiren soll, oder die Gläubiger oder hier die Frau bei Annahme desselben interessirt ist. Die Frau erhielt nur einen Anspruch, wenn der Mann das Legat annahm, nicht, wenn er es ausschlug.

Es begreift sich, daß die römische Jurisprudenz sich gedrungen fühlte, diese Lücke auszufüllen und der Frau eine

---

der durch nihilominus involvirte Gegensatz nur zu den Worten: acceptam legatis referri, paßt, d. i. im Verhältniß des Mannes zum Erben fällt die Zahlung unter den Gesichtspunkt der Leistung des Legats, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß sie im Verhältniß des Mannes zur Frau den Charakter der Dos annimmt (als Reflexwirkung). Sodann daraus, daß das dotis esse factam das hanc pecuniam in Bezug nimmt, also demselben folgen muß, während es bei der jetzigen Lesung auf actionem de dote bezogen werden müßte. Endlich drittens daraus, daß der Passus: de dote actionem reddendam eine Consequenz des andern: pecuniam dotis esse factam enthält, also demselben nicht voran-, sondern nachgestellt werden mußte. Die Stelle ist demnach zu lesen: . . acceptam legatis referri, sed nihilominis dotis esse factam et divortio facto de dote actionem reddendam. Die Verfasser der Basiliken (29, 1, 44) haben das Anstößige gefühlt, aber anstatt es durch die Umstellung beider Sätze zu heben, den Passus: dotis esse factam einfach weggelassen.

24) Das Güterrecht der Ehegatten S. 321 flg.

Klage gegen den Erben zuzugestehen, es lag dies sicherlich XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
ganz im Sinne der Disposition des Testators. Aber höchst S. 154.
seltsam muß die Ansicht des Gajus erscheinen, welcher in l. 69 § 2 de leg. I (30) im Anschluß an einen andern Legatsfall die Bemerkung macht:

> Nec solum hoc casu alius habet actionem, quam cui testator dari jussit, sed alio quoque, veluti si filiae nomine genero aut sponso dari jusserit, non enim gener aut sponsus, sed filia habet actionem, cujus maxime interest.

Der Ehemann soll keine Klage haben, obschon ihm doch das Legat formell zugewandt ist, die Klage soll ausschließlich der Frau zustehen. Warum? Quia maxime ejus interest. Die Richtigkeit der letzteren nichts weniger als unanfechtbaren Behauptung einmal angenommen, hatte denn der Mann nicht ebenfalls ein Interesse, und konnte er für die rechtliche Anerkennung und Sicherung desselben nicht ein Argument ins Treffen führen, an dem es der Frau gebrach, daß nämlich er, nicht sie in der Disposition formell als Legatar bezeichnet worden war? In meinen Augen hat Gajus mittelst dieser Ansicht seine juristische Urtheilsfähigkeit in kein glänzendes Licht gestellt; für mich fällt sie in Bezug auf seinen Werth als Jurist schwer ins Gewicht, und es kann nicht Wunder nehmen, daß er mit ihr ganz allein steht. Daß die Compilatoren den Passus in der Stelle nicht strichen, enthält einen der vielen Beweise ihrer Flüchtigkeit.

Zu den beiden bisherigen Ansichten, von denen die des Proculus, welche wir als die der älteren Jurisprudenz ansehen dürfen, dem Manne allein, die des Gajus der Frau allein die Klage zusprach, gesellt sich nun als dritte diejenige hinzu, welche sie beiden zugestand. Sie ist die der neueren Jurisprudenz, und sie ist zweifellos die allein angemessene.

Um neben dem Manne auch der Frau eine Klage zuzugestehen, mußte die Jurisprudenz sich über das formelle Be- S. 155.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. denken, daß sie in der Disposition nicht als Subject der Zuwendung, als Legatarin genannt war, hinwegsetzen und das entscheidende Gewicht auf den Zweck werfen, den der Testator dabei im Auge gehabt hatte. Sicherlich wollte derselbe ebensosehr für die Tochter als für den Mann sorgen, mittelst des Vermächtnisses einer Dos hatte er ebenso gut der Tochter als dem Manne eine Zuwendung machen wollen. Auch in diesem Fall handelte es sich um die Bethätigung der Maxime der neueren Jurisprudenz: voluntatem potius quam verba considerari oportere [25]), und es läßt sich als ganz allgemeiner Grundsatz des neueren Rechts aufstellen, daß für die Frage: wer als berechtigtes Subject einer vom Testator getroffenen Disposition anzusehen ist, nicht der in derselben genannte Name, sondern die Absicht des Testators entscheidet [26]).

Bei dem legatum dotis scheint Julian diesen Fortschritt begründet zu haben. In der obigen l. 48 § 1 de J. D. (23. 3), in der er die Ansicht des Prokulus berichtet, der die Klage ausschließlich dem Manne hatte gewähren wollen, bemerkt er:

> immo nec filiae, si voluerit, deneganda est hujusmodi actio.

Die Klage der Frau begegnet uns sodann noch bei Gajus in l. 69 § 2 de leg. I (30), aber, wie oben angegeben, mit Versagung der an den Mann, und bei Papinian in l. 71 § 3 de cond. (35. 1) neben der des letzteren. Die Stelle, welche der Schwierigkeiten nicht wenige bietet, ist von Hasse a. a. O.
S. 156. S. 327 flg. einer ausführlichen, zum Theil höchst gewaltsamen Interpretation unterzogen worden. Die Frage, auf die es ihm dabei in erster Linie ankam: ob nämlich in dem bloßen Legat

25) l. 101 pr. de cond. (35. 1) . . in conditionibus testamentorum l. 15 pr. ib. primum locum voluntas defuncti obtinet. l. 219 de V. S. (50. 16) in conventionibus contrahentium l. 69 de leg, III (32) . . manifestum aliud sensisse testatorem.

26) S. unter V die zahlreichen Stellen über das legatum debiti und liberationis.

als solchem eine Bestellung der Dos gefunden werden könne, XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
ist für meine Zwecke ohne alles Interesse und kann daher auf sich beruhen bleiben, ich beschränke mich lediglich auf denjenigen Inhalt der Stelle, der unser hier zu behandelndes Thema betrifft.

Wenn die Stelle nicht den Namen Papinians an der Stirn trüge (Papin. lib 17 quaestionum), so würde man schwerlich ihren Verfasser in ihr vermuthen. Während Papinian sich sonst dadurch auszeichnet, daß er nur die Resultate seines Denkens in knappster Form dem Leser mittheilt, nicht den Denkproceß selber vor den Augen desselben abspielen läßt, kurz gesagt, während er sonst die Feder erst zur Hand nimmt, nachdem er mit sich zum Abschluß gekommen ist, führt diese Stelle uns das Bild eines Schriftstellers vor Augen, der sich erst während des Schreibens klar wird, eines Suchenden. Im Anfang der Stelle nimmt er den Anlauf, als ob er der Frau die Klage absprechen wolle, und wäre uns nur dieser Theil derselben erhalten worden, so würden wir die Ansicht Papinians dahin wiedergeben müssen: das Legat der Dos an den Mann kommt der Frau lediglich zu gute in Form der Reflexwirkung, Legatar ist ausschließlich der Mann:

> Legati emolumentum quidem ad Sejam, quae dotem habere incipit, pertinebit, sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legavit, consultum videtur, prope est, ut ipse legatarius intelligatur et legatum petere debeat.

Am Ende der Stelle erscheinen beide Theile als Legatare:

> Sed quoniam ambo legati petitionem habuerunt, salvam habebit non soluta pecunia viro mulier actionem.

In der Mitte der Stelle gedenkt Papinian der Ansicht, daß S. 157.
auch der Frau die Klage zugestanden werden könne, lediglich als einer bloß möglichen, auf die man sich gefaßt machen müsse, ohne bestimmte Stellung zu ihr zu nehmen:

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Nam et si quis ipsam quoque petitionem habere responderit.

Der Anfangssatz der Stelle besteht auch als solcher vor der Kritik die Probe nicht. Zunächst die Behauptung: legati emolumentum ad Sejam pertinebit. Das Legat kommt ebenso dem Manne wie der Frau zu gute, und Papinian corrigirt sich selber durch die folgenden Worte: non tantum mulieri, sed Titio quoque consultum videtur d. h. auch der Mann hat Vortheil von der Dos. Sodann der Schluß, den er an diese Worte reiht: prope est, ut ipse legatarius intelligatur. Reicht der Vordersatz: quia consultum videtur aus, um daran diesen Schluß zu knüpfen, d. h. ist die Person, welcher der Testator etwas hat zuwenden wollen, Legatar, so mußte der Schluß nicht lauten: ut ipse, sondern ut et mulier et ipse legatarii intelligantur. Wollte Papinian dagegen seine Behauptung prope est, ut ipse legatarius intelligatur d. h. daß nur er (nicht die Frau) als Legatar anzusehen sei, aufrecht erhalten, so mußte er das der Beziehung des Legats zum Manne im Gegensatz zu der zur Frau eigenthümliche Moment, das er nur im Vorübergehen erwähnt: cui pecuniam legavit, d. h. daß nur er ausdrücklich als Legatar genannt ist, als entscheidendes Argument an die Spitze stellen. Einer weiteren Deduction bedurfte es dann nicht mehr, Papinian hatte hier den festen Boden der älteren Jurisprudenz unter Füßen, welche die Frage von dem Subject des Legats einfach auf den Namen stellte und sich die Frage: cui consultum videtur ersparen konnte und ersparte. Entweder entscheidet das letztere Moment — dann ist die Frau
S. 158. ebensogut als Legatarin anzusehen als der Mann — oder es entscheidet der genannte Name — dann ist sie es nicht, und für den Mann bedarf es nicht erst des Zurückgreifens auf jenes Moment.

Es ist mir der Gedanke gekommen, ob man der hier aufgedeckten logischen Gebrechlichkeit des Anfangs der Stelle

nicht dadurch abhelfen könne, daß man in den Passus: prope est, ut ipse legatarius intelligatur vor ipse ein et einschiebt, damit wäre mittelbar auch die Frau als Legatarin anerkannt, wie es ja nach dem Gesichtspunkt, auf den Papinian das Recht des Mannes gründet (consultum videtur), hätte erwartet werden müssen. Dazu paßt aber nicht die Art, wie Papinian später die Möglichkeit einer Klageberechtigung der Frau einführt (nam et si quis ipsam quoque petitionem habere responderit); so konnte er sich nicht ausdrücken, nachdem er sich bereits für dieselbe ausgesprochen hatte. XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.

Daß er letzteres im Verlaufe der Stelle wirklich thut, ist bereits hervorgehoben worden. Papinian behandelt das Verhältniß hier nach allen Seiten seiner möglichen casuistischen Gestaltung. Das Schema, das ihm vorschwebte, war:

1. die Ehe ist noch nicht eingegangen.
   a. beide Theile leben noch, wobei zwei Fälle unterschieden werden:
      α) das Verlöbniß ist aufgelöst („quodsi nolit eam" u. s. w.).
      β) es besteht fort („Sed cum ante nuptias" u. s. w.).
   b. einer derselben ist gestorben („Ante nuptias vero" u. s. w.).
2. die Ehe besteht
   a. der Mann klagt („constante autem matrimonio" u. s. w.).
   b. die Frau klagt („eaque pecuniam petat" u. s. w.).
3. Die Ehe ist aufgelöst („Si post divortium" u. s. w.). S. 159.

Von diesen Fällen scheiden die der Auflösung des Verlöbnisses und des Todes eines der beiden Theile aus, da hier die Klage völlig hinwegfällt, und der Fall der Entrichtung der Dos an den Mann nach beendeter Ehe bedarf nicht der Erläuterung, da hier die Entscheidung Papinians: in dotem solutio convertitur, d. h. daß der Mann die Dos an die

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Frau herauszugeben hat, nichts Bemerkenswerthes darbietet. So bleiben drei Fälle übrig.

Erster Fall: der Mann klagt vor Eingehung der Ehe. Seine Berechtigung gründet Papinian darauf: quia purum legatum est, peti potest d. h. es ist dem Legat nicht die Bedingung: si nuptiae secutae sint hinzugefügt, folglich kann es sogleich eingefordert werden. Hier soll aber dem Erben die cautio bestellt werden: „pecuniam mulieri reddi". Hasse a. a. O. S. 330 hat den Sinn dieser cautio gänzlich mißverstanden, indem er sie auf den Fall der Restitution der Dos nach aufgelöster Ehe bezieht. Allerdings sagt er dies nicht mit dürren Worten, aber die Wendung, deren er sich bedient: „die Dos soll in eventum der Frau herausgegeben werden", leidet keine andere Deutung. Zur Dos wird das Gegebene erst mit eingegangener Ehe, vorher ist es noch keine Dos, sondern pecunia doti destinata, und darum stellte Papinian die Caution wohlweislich nicht auf: dotem reddi, sondern auf pecuniam reddi.

Für den Fall, daß es zur Ehe kommt, bedarf es der Caution nicht, hier gilt dasselbe wie für den der Auszahlung des Legats nach getrennter Ehe: „in dotem solutio convertitur", die Frau hat ihren gesetzlichen Anspruch, die cautio ist hier nicht „necessaria", sondern ebenso überflüssig wie im zweiten Fall. Dagegen ist sie „necessaria" für die Zeit vor Eingehung der Ehe, denn hier hat der Mann noch
S. 160. keinen Anspruch auf den Genuß des Kapitals, derselbe gebührt der Frau, der Mann kann die Auslieferung des Kapitals erst vom Moment der Ehe an verlangen und hat sich in Bezug darauf seinerseits durch eine ihm von der Frau zu bestellende Caution sicher zu stellen — ein Punkt, den Papinian überging und übergehen konnte, da es ihm bei seiner ganzen Untersuchung, wie der flüchtigste Blick auf der Stelle lehrt, nur auf die Rechtsstellung des Erben den beiden Personen gegenüber ankam.

Zweiter Fall: Der Mann klagt während bestehender XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
Ehe. Dazu ist er auch gegen den Willen der Frau berechtigt, was Papinian zwar nicht ausdrücklich sagt, was sich aber aus den Worten ergibt: „etiam prohibente muliere Titio recte solvetur". Kann ihm trotz ihres Verbots gezahlt werden, so kann er auch unbeschadet desselben klagen. Papinian rechtfertigt dies mit den Worten: „hoc enim et mulieris interest, ut incipiat esse dotata" d. h. die Zahlung an den Mann verwirklicht wie in seiner, so auch in ihrer Person den Zweck, den der Testator im Auge hatte: die Zuwendung einer Dos. Eben darum braucht sich der Erbe nicht mittelst einer Caution vorzusehen, er hat durch die Zahlung die Ansprüche beider Personen erfüllt und ist daher gegen eine Klage von Seiten der Frau gesichert. Ipso jure oder ope exceptionis? Nach dem Anhaltspunkt, den uns Ulpian in der oben (S. 429) besprochenen l. 29 de J. D. (23. 3) gewährt, haben wir uns für letzteres zu entscheiden. Allerdings lag dort der Fall etwas anders, der Anspruch des Mannes stützte sich auf das Versprechen der Dos, der der Frau auf das Legat, während hier beide Theile ihren Anspruch aus demselben Legat ableiten, allein juristisch schließt dasselbe zwei Legate d. h. zwei völlig selbständige Ansprüche in sich, die in Bezug auf die Frage von der Zahlung ebenso zu behandeln sind, wie jene beiden d. h. die Zahlung ist nur in der S. 161.
Person desjenigen anzunehmen, dem sie geschehen ist, dem andern ist nicht gezahlt, sondern ihm ist nur die Wirkung derselben zu gute gekommen, der Erbe wird also auch hier nicht ipso jure frei, sondern nur ope exceptionis.

Dritter Fall: Die Frau klagt während bestehender Ehe. Die Auszahlung des Legats an die Frau verschafft dem Manne noch nicht die Dos, wie es die an den Mann für die Frau bewirkt, letztere kann ihm das Erhaltene vorenthalten, und er hat kein Mittel in Händen, sie zur Herausgabe zu zwingen. Unter dieser Voraussetzung würde also der

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Erbe auch ihm Zahlung zu leisten haben. Gegen diese Gefahr schützt er sich durch die exceptio doli:

(si mulier) pecuniam petat neque dotis fieri velit, non dubie doli summovebitur exceptione,

d. h. sie muß entweder sich damit einverstanden erklären, daß der Erbe das Legat direct an den Mann entrichtet, oder die in l. 29 de J. D. (23. 3) erwähnte Caution bestellen:

„indemnem hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione (testamento) agentem."

Wie, wenn der Mann bereits früher geklagt hatte und abgewiesen worden war? In diesem Fall bedarf es für den Erben allerdings dieser cautio nicht mehr, da er gegen den Mann durch die exceptio rei judicatae gesichert ist, aber der Frau kann er letztere nicht entgegensetzen, und daran bewährt sich der Gegensatz der activen Solidarobligation von der Correalobligation; bei letzterer steht die exceptio rei judicatae aus der Person des einen Gläubigers dem andern entgegen, bei der activen Solidarobligation nicht, ebensowenig wie bei der passiven [27]), in den beiden letzteren Verhältnissen
S. 162. handelt es sich um mehrere völlig selbständige Ansprüche, von denen jeder seinen eigenen Weg geht und durch die Schicksale, welche der andere erfahren hat, nicht berührt wird, nur die Leistung auf Grund des einen beseitigt den andern, weil dadurch auch er befriedigt ist. Davon spricht der Schlußsatz der Stelle:

Quodsi maritus vitio suo causa ceciderit neque solvendo sit, numquid adversus heredem mulieri, quae nihil deliquit, succurri debeat ob eam pecuniam, quae

27) l. 52 § 3 de fidej. (46. 1). Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta. l. 18 § 1 de adm. (26. 7) Ex duobus tutoribus, si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur. l. 22 de exc rei jud. (44. 2) . . nec exceptio rei judicatae eis proderit. l. 23 de tut. et rat. (27. 3) . . neque exceptionem rei judicatae ei dandam.

doti fuerat destinata? Sed quoniam ambo legati petitionem habuerunt, salvam habebit non soluta pecunia viro mulier actionem. XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.

Die allgemeine Fassung der Antwort: non soluta pecunia viro mulier salvam habebit actionem und der Gesichtspunkt, mit dem Papinian sie begründet: quoniam ambo legati petitionem habuerunt, zeigt, daß er die Klagberechtigung der Frau nicht auf den Fall, den er in der Frage gesetzt hatte: si maritus *vitio suo* ceciderit neque *solvendo sit*, hat beschränken wollen, sonst hätte er dieser Voraussetzungen auch in der Antwort gedenken müssen. Er erwähnte dieselben nur, um die Nothwendigkeit der selbständigen Klagberechtigung der Frau in ein recht helles Licht zu setzen. Die Frau, — das war sein Gedanke — welche selber nichts verschuldet hat (quae nihil deliquit), kann doch unmöglich unter der Schuld des Mannes (qui vitio suo causa ceciderit) leiden dürfen, sonst erhielte sie ja im Fall seiner Insolvenz (neque solvendo sit) gar nichts. Aber diese *Motivierung* der der Frau einzuräumenden selbständigen Klagebe- S. 163.
rechtigung ist von Papinian nicht zur *Bedingung* derselben erhoben worden.

Das Resultat unserer bisherigen Ausführungen ist demnach: jede der beiden berechtigten Personen hat einen selbständigen Anspruch, der ihr durch Dispositionen der andern nicht verkümmert oder vereitelt werden kann, die Frau kann nicht hindern, daß dem Manne gezahlt wird (etiam prohibente muliere Titio recte solvetur), und der Mann kann durch den Mißerfolg seiner Klage die Frau nicht um die ihrige bringen (salvam habebit actionem). Der Erbe bleibt auch dann, wenn er von dem einen Theil frei geworden ist (durch res judicata, Verzicht, Zahlung des Legats an die Frau), dem andern verpflichtet, bis in dessen Person der Zweck, den der Testator für beide im Auge hatte: Zuwendung einer Dos erreicht ist.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Im Bisherigen ist der Fall behandelt worden, wenn die Dos dem Manne legirt worden war. Wie nun, wenn sie der Frau legirt war? Galt hier für ihn dasselbe, wie dort für die Frau?

Die Quellen lassen uns darüber ohne Auskunft. Es wird zwar der Fall eines Legats an die verheirathete Frau zwei Mal in den Quellen erwähnt, nämlich in l. 29 J. D. (23. 3) und in l. 84 § 6 de leg. I (30), allein beide Male in Verbindung mit dem dem Manne vom Testator bereits früher geleisteten Versprechen der Dos, und die Juristen hatten keinen Anlaß, die Frage, ob dem Manne hier auch ein Anspruch aus dem Legat an die Frau erwachse, zu erörtern; hätten sie es gethan, so würden sie dieselbe nach ihrer Theorie über das legatum debiti verneint haben, „nam cum creditori debitor legat id quod debet, nullum legatum est" (l. 29 cit.). Daraus, daß sie in diesem Fall die Frage nach dem Recht des Mannes gar nicht aufwerfen, läßt sich mithin nicht
S. 164. der Schluß ziehen, daß sie, abgesehen von diesem Fall, dem Legat der Dos an die Frau eine rechtliche Wirkung für ihn versagt haben würden. Ich bin vielmehr der Ansicht, daß sie ihm ganz ebenso eine Klage aus demselben zugestanden haben würden, wie der Frau aus dem Legat der Dos an ihn, m. a. W. daß der Fortschritt, den die neuere Jurisprudenz in dem einen Verhältniß machte, indem sie an die Stelle der bloßen Reflexwirkung einen selbständigen rechtlichen Anspruch setzte, auch den entsprechenden in dem andern in sich schloß. Es lag kein Grund vor, dem Manne zu versagen, was man der Frau gewährt hatte, der Mann ist bei der Dos, mindestens gesagt, ebenso interessirt, wie die Frau, und wenn man einmal das Interesse der Frau für gewichtig genug hielt, um ihr bei dem Legat der Dos an den Mann eine Klage zuzugestehen, so ist nicht abzusehen, warum man bei dem Legat an die Frau sie ihm hätte versagen sollen. Der Gesichtspunkt, den Papinian in der l. 71 § 3 de cond. (35. 1) geltend macht: quia non

tantum mulieri, sed Titio quoque consultum videtur, d. i. die auf beide Theile gerichtete Absicht des Testators fiel mit derselben Schwere für den Mann wie für die Frau ins Gewicht. XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.

So glaube ich meine Ausführungen über das legatum dotis mit dem Satz abschließen zu können:

dasselbe begründet, einerlei ob es dem Manne oder der Frau hinterlassen ist, für beide Theile einen selbständigen nach den hier entwickelten Grundsätzen, d. h. als active Solidarobligation zu beurtheilenden Anspruch.

V. Coincidenz des legatum debiti und liberationis. S. 165.

Jedes der beiden Legate kann in der Gestalt vorkommen, daß sich seine Wirkung auf die Person des Bedachten beschränkt. Dies ist der Fall, wenn der Testator selber Gläubiger oder Schuldner ist. Ist er Gläubiger, so erschöpft sich die Wirkung des legatum liberationis in der Person seines Schuldners, ist er Schuldner, in der seines Gläubigers. Für den letzteren Fall erforderten die römischen Juristen bekanntlich, daß das Legat für den Gläubiger irgendwie vortheilhaft sein müsse z. B. Verwandlung der bedingten in eine unbedingte, einer betagten in eine unbetagte Schuld, Erlaß der gegen seine Forderung zustehenden Exceptionen; im entgegengesetzten Fall erklärten sie es für ungültig [28]). Man hat an dieser Bestimmung Anstoß genommen, und Windscheid [29]) glaubt sie so deuten zu können, daß dadurch nur der Wille des Testators, ein Legat hinterlassen zu wollen,

28) Nicht bloß für inutile, wie es in den meisten Stellen heißt, d. h. für den Gläubiger als werthlos, sondern für nullum s. l. 29 de J. D. (23. 3) . . nullum legatum est, l. 28 § 12 de lib. leg. (34. 3) . . nullum esse fideicommissum.

29) Lehrbuch des Pandektenrechts III. § 658 Anm. 2.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. in Frage gestellt werden solle; stehe derselbe wirklich fest, so gelte das Legat. M. E. verträgt sich dies nicht mit der Art, wie die römischen Juristen den Satz vortragen. Unter dieser Voraussetzung hätten sie das entscheidende Gewicht nicht auf das objective Moment werfen müssen, ob das Legat irgend welchen Vortheil für den Gläubiger habe, sondern auf das subjective, ob der Testator den Willen habe, wirklich ein Legat zu hinterlassen, was sie niemals thun.
S. 166. Wie sind sie zu dem Satz gelangt? War es vielleicht dieselbe Erwägung, welche sie bei der Theorie der Prädialservituten leitete, indem sie für letztere das Erforderniß der utilitas aufstellten? Sicherlich nicht! Dann hätten sie dasselbe nicht bloß für das legatum debiti, sondern für das Legat schlechthin aufstellen müssen, was sie nirgends thun. Der Grund kann also nur in der Eigenthümlichkeit des legatum debiti gefunden werden.

Nach der Theorie der römischen Juristen steht nichts im Wege, daß der Schuldner unter Lebenden ein neues Schuldversprechen ablegt, wodurch der Gläubiger neben der früheren Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältniß noch eine zweite Klage erhält, ohne daß dieser Zuwachs an die Bedingung geknüpft würde, daß er ihm vortheilhaft sei. Warum gilt nicht ganz dasselbe für das Testament? Ist es in jenem Fall für den Gläubiger von Interesse, zwei Klagen zu haben, und findet das Recht nichts dagegen einzuwenden, warum nicht auch in diesem? Liegt der Grund etwa darin, daß die letztwillige Verfügung ihrer Natur nach eine liberale Zuwendung enthält, die Anwendung derselben auf eine bestehende Schuld sich also darum verbietet, weil sie einen innern Widerspruch in sich schließt? Damit hätten wir den Satz auf einen logischen Gesichtspunkt zurückgeführt: was man schuldet, kann man nicht schenken. (donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur l. 29 pr. de don. 39. 5).

Bliebe kein andrer Grund übrig, so würden wir uns wohl zu ihm verstehen müssen. Ich möchte aber glauben, daß der Satz praktische Gründe gehabt hat. Das legatum debiti hatte eine Zwitternatur, welche für die glatte Regulirung der Erbschaftsverhältnisse äußerst unbequem werden konnte. Wie sollte der Betrag desselben bei Berechnung der Masse in Ansatz gebracht werden? Als Schuld? In diesem Fall würde dadurch die Masse in Bezug auf die Berechnung der Quarta Falcidia verkürzt, gleichmäßig zu Ungunsten der Erben wie der übrigen Legatare, und es wäre damit eine Form geschaffen worden, mittelst deren der Testator Legate hätte anordnen können, auf welche die Bestimmungen der lex Falcidia keine Anwendungen fanden. Betrug die Masse 20000, so konnte der Erbe als Quarta 5000 verlangen, für die Legatare blieben 15000, vermachte der Testator einer Person, der er in Wirklichkeit nichts schuldete, 8000 in Form des legatum debiti, so verminderte sich, wenn man auf Grund des Anerkenntnisses des Testators ein debitum annahm, die Quarta des Erben auf 3000, der für die übrigen Legatare disponible Betrag auf 9000. Diesen Schwierigkeiten hätte man allerdings ausweichen können, indem man gesagt hätte: das legatum debiti wird als reines Legat aufrecht erhalten, der Zusatz: quod debeo ist eine bloße demonstratio, die als solche nicht in Betracht kommt. Aber wie, wenn der Legatar, nachdem er in dieser Eigenschaft den Betrag erhalten, in seiner Eigenschaft als Gläubiger seine Forderung zum zweiten Male geltend machte. Hatte man einmal die Beziehung des Legats zu seiner Forderung für gänzlich gleichgültig erklärt, in demselben also ein gewöhnliches Legat erblickt, so konnte man dem Gläubiger unmöglich die Geltendmachung seiner Forderung versagen, und dies wäre doch der Absicht des Testators entschieden zuwidergelaufen, da dieselbe offenbar nur auf einmalige Entrichtung des Betrages gerichtet gewesen war.

Anders stellte sich die Sache, wenn der Erbe gegen die

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
S. 167.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Gefahr doppelter Zahlung gesichert war. Einen derartigen Fall führt uns die l. 28 § 14 de lib. leg. (34. 3) vor. Der Gläubiger, dem ein fideicommissum debiti hinterlassen worden war, hatten seinen Anspruch aus der vermeintlichen Forderung geltend gemacht und war abgewiesen worden. Der Jurist wirft S. 168. die Frage auf, ob er jetzt nicht noch aus dem Fideicommiß klagen könne, und bejaht dieselbe:

> posse ex causa fideicommissi peti, quod apparuisset non fuisse ex alia causa debitum.

Rechtskräftig stand nunmehr fest, daß das Legat kein legatum debiti war, es war ein gewöhnliches Legat, dem nur eine falsa demonstratio hinzugefügt worden war, und der Erbe war gegen die Gefahr einer Einklagung desselben Betrages auf Grund der angeblichen ursprünglichen Forderung durch die exc. rei judicatae sicher gestellt.

Diese Stelle ist für die Theorie des legatum debiti außerordentlich wichtig und hätte nicht übersehen werden dürfen. Es ergibt sich daraus, daß das legatum debiti, soweit es dem Gläubiger keinen Vortheil gewährt, nicht einfach pro non scripto angesehen ward, sondern daß es eventuell als Legat volle Wirkung äußern konnte, was auch durch die l. 88 § 10 de leg. II (31)

> . . nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso,

bestätigt wird. Dies war dann der Fall, wenn die Thatsache, daß der Legatar in Wirklichkeit nicht Gläubiger war, in einer Weise festgestellt worden war, welche für den Erben die Gefahr doppelter Zahlung ausschloß. Daß dies auch auf andere Weise als durch Richterspruch möglich war, bedarf nicht der Bemerkung. Legte der Legatar die bindende Erklärung ab, daß er nicht Gläubiger sei, was ja bei Einklagung des Legats selber geschehen konnte, so stellte er sich damit auf eine Linie mit den gewöhnlichen Legataren, er genoß die Rechte derselben, und es kamen für ihn auch alle den Le-

gataren nachtheiligen Grundsätze der Legatstheorie zur Anwendung, also der Abzug der Quarta Falcidia und die Abhängigkeit seines Anspruches von der Gültigkeit des Testaments und der Antretung der Erbschaft. Von Jemandem, der wirklich Gläubiger war, war kaum zu erwarten, daß er die Selbständigkeit und Sicherheit seiner Stellung mit der Unselbständigkeit und Unsicherheit eines Legatars vertauschen würde, und so kann es nicht Wunder nehmen, wenn die römischen Juristen dieses ihm an sich zustehenden Rechts gar nicht gedenken. Für den wirklichen Gläubiger war es gleichgültig, ob man ein legatum debiti, das ihm keinen Vortheil darbot, für gültig oder ungültig erklärte. Ganz anders aber für den Nichtgläubiger, dem der Testator, um das wahre Sachverhältniß vor den Erben oder in den Augen der Welt zu verdecken, den Charakter eines Gläubigers beigelegt[30]) hatte. Ihn wollte man mittelst der Ungültigkeit des legatum debiti zwingen, die erborgte Maske abzustreifen und sich als das zu bekennen, was er war: als Nichtgläubiger, als bloßer Legatar. So lange er sich als Gläubiger aufspielte, bekam er nichts; um das Legat zu erhalten, mußte er eingestehen, daß er nicht Gläubiger sei. Nur er konnte sich gedrungen fühlen, es in Anspruch zu nehmen, der wirkliche Gläubiger verschmähte es, weil er sich dadurch verschlechtert haben würde. Der Satz der Ungültigkeit des legatum debiti war also eins jener schlauen Mittel des römischen Rechts nach Art des salomonischen Urtheils, welche darauf berechnet waren, die Wahrheit zu Tage zu bringen[31]), für denjenigen, der die Wahrheit sprach, ohne allen

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
S. 169.

30) Ein Beispiel in l. 15 § 3 de leg. praest. (37. 5) . . . sub praetextu dotis.

31) S. über diese juristische Zwickmühle, wie ich sie genannt habe, meinen Geist des röm. Rechts III, 1 S. 254, 255 und die beiden dort angeführten Beispiele: die fructus licitatio beim interd. uti possidetis und die Verbindung des Vorkaufsrechts mit dem Anspruch auf die quinquagesima beim Verkauf der Emphyteuse.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. Nachtheil, für den Lügner ein Mittel, ihn, wenn er die Lüge aufrecht erhielt, in seinem eigenen Netz zu fangen.

S. 170. Nur dann, wenn das legatum debiti vor der ursprünglichen Forderung einen Vortheil voraus hatte, lag es im Interesse auch des wirklichen Gläubigers, es geltend zu machen. Aber wenn er es that, nach welchen Grundsätzen ward der Anspruch beurtheilt? Es bot sich eine doppelte Möglichkeit dar. Die eine: derselbe ward zum ganzen Betrage als Vermächtniß behandelt, so daß der Gläubiger sich für den ganzen Betrag die Quarta Falcidia gefallen lassen mußte. Die zweite: er ward in zwei Bestandtheile zerlegt: den ursprünglich geschuldeten, den er als Gläubiger in Anspruch nahm, und der ihm als Schuld unverkürzt entrichtet werden mußte, und den Ueberschuß über denselben, den das Legat ihm gewährte, und auf den dann die Grundsätze der Theorie der Legate zur Anwendung gelangten, in Bezug auf den er sich z. B. auch die Auflage eines Fideicommisses gefallen lassen mußte[32]. Die letztere Behandlungsweise setzte natürlich voraus, daß der Gläubiger den Beweis der Schuld erbrachte, das bloße Anerkenntniß des Testators im Testament reichte dazu nicht aus, sonst hätte derselbe auch einem Nichtgläubiger diese bevorzugte Stellung zuwenden können, indem er z. B. verfügt hätte: die 1000, welche ich dem A erst nach zwei Jahren schulde, sollen ihm sofort entrichtet werden, der Legatar hätte dann für die 1000 als Gläubiger und nur für das commodum repraesentationis als Legatar gegolten, d. h. der Testator hätte es in seiner Hand gehabt, wirkliche Legate in die Form einer erbschaftlichen Schuld zu bringen und die Bestimmungen der lex Falcidia zu umgehen.

32) In Bezug auf die dos relegata ausdrücklich in l. 2 pr. de dote prael. (33. 4) anerkannt. Das commodum repraesentationis, welches die Frau durch die verfrühte Auszahlung der Dos, und der Vortheil, den sie durch den vom Testator verfügten Erlaß der impensae necessariae erfährt, ist Gegenstand der Auflage eines Fideicommisses.

Welche von beiden Behandlungsweisen hat nun das römische Recht hier eintreten lassen? Die Quellenäußerungen über das gewöhnliche legatum debiti geben uns darüber keinen Aufschluß, aber es gab einen eigenthümlichen Anwendungsfall desselben, der im römischen Leben besonders häufig war[33]), und welcher der römischen Jurisprudenz den Anlaß geboten hat zur Aufstellung einer bis ins Feinste ausgebildeten Theorie: das praelegatum dotis[34]). Für ihn hat sie die Frage entschieden und zwar im Sinn der zweiten Alternative. So weit der gesetzliche Anspruch der Frau reicht, fällt er unter den Gesichtspunkt der Erbschaftsschuld[35]), was nicht bloß für sie (quarta Falcidia)[36]), sondern auch für den Erben wichtig ist, indem er diesen Betrag bei Berechnung der Erbschaftsmasse unter den Passivis in Anrechnung bringen kann. So weit er diesen Betrag übersteigt[37]), fällt er unter den Gesichtspunkt des Legats d. h. er unterliegt dem Abzug der Quarta Falcidia und kann mit Fidei- XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. S. 171. S. 172.

33) l. 13 de dot. prael. (33. 4) ut solet.

34) Ein praelegatum im strengen Sinne war es nur, wenn der Mann die Frau, oder der Vater, der den Mann noch in väterlicher Gewalt hatte, letzteren zum Erben eingesetzt hatte, abgesehen davon konnte man nur von einer dos relegata sprechen.

35) l. 8 § 5 de leg. praest. (37. 5) . . cum ista mulier ad aes alienum veniat.

36) l. 1 § 13 de dot. prael. (33. 4). War ihr die Dos mittelbar durch ein einem Anderen, dem die Quarta abgezogen worden war, auferlegtes Fideicommiß zugewandt worden, so behielt sie für das Fehlende die act. rei uxoriae, l. 1 § 12 ibid. . . quod minus est in fideicommisso, mulierem dotis actione consecuturam l. 7 § 2 ibid. . . utilis actio dotis ei dabitur.

37) Durch Wegfall des Abzugs der impensae utiles und voluptuariae, welche den Betrag der Dos nicht mindern, was nur die impensae necessariae thun, die daher auch bei dem Prälegat der Dos in Abzug kommen l. 1 § 4 ibid. Sodann durch Wegfall der terminsweisen Zahlungen bei der act. rei uxoriae: das commodum repraesentationis, l. 1 § 2, 12, l. 2 pr. § 1 ibid.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. commissen beschwert werden [38]). Eben darum mußte die Frau ihren gesetzlichen Anspruch und den Betrag der Dos beweisen, wodurch aber keineswegs ausgeschlossen war, daß sie, soweit sie dies nicht vermochte, also auch wenn sie gar keine Dos inferirt, oder wenn der Mann den Betrag zu hoch angegeben hatte, ganz ebenso wie ein Nichtgläubiger im Fall eines legatum debiti das Hinterlassene als Legatarin in Anspruch nehmen konnte [39]), die falsa demonstratio schadete dort so wenig, wie hier, nur mußte selbstverständlich in beiden Fällen ein bestimmter Betrag genannt worden sein.

Diese Gestaltung des Verhältnisses lehrt, daß die römischen Juristen vor dem Gedanken einer Vereinigung einer Schuldforderung mit einem Legat zur Einheit eines einzigen Anspruches nicht zurückgeschreckt sind. Geltend gemacht mit der act. ex testamento, also formell in die Form des Legats gebracht, ward der Anspruch materiell in seine beiden Bestandtheile zerlegt, von denen jeder sowohl rücksichtlich des Be-
S. 173. weises als der auf ihn angewandten materiellen Grundsätze völlig unabhängig von dem andern beurtheilt ward. Nach-

38) l. 2 pr. ibid. . . . fideicommissum ex commodo, quod ex relegatione mulier sentit, § 1 . . quod ex commodo repraesentationis ab ea fideicommitti potuit. In diesem Sinne sagt Ulpian in l. 2 pr. von der Frau: esse enim mulierem legatariam nemo est, qui dubitet.

39) l. 6 § 1 ibid. § 15 I. de leg. (2. 20). Nicht im Wege steht l. 15 § 3 de leg. praest. (37. 5): Ei, quae dotem non habet, nullum legatum debetur, licet sub praetextu dotis legetur, denn sie negirt nicht die Gültigkeit des Legats schlechthin, sondern lediglich die Aufrechthaltung desselben im Fall der ertheilten Bonorum possessio contra tabulas. Während die Legate an alle sonstigen Personen in diesem Fall mit dem Testament hinfällig wurden, bleiben ausnahmsweise die an Kinder und Eltern bis zum Betrage ihres Erbtheils aufrecht erhalten und ebenso das Prälegat der Dos an die Frau und Schwiegertochter, l. 1 pr. ibid.. Ihrem Sinne nach war diese Verfügung auf den Fall der wirklich geschuldeten Dos zu beschränken, sonst hätte sich dem Testator ein Weg eröffnet, diesen Personen unter dem Vorwande der Dos („sub praetextu dotis") beliebig viel zu hinterlassen.

dem die römischen Juristen sich bei diesem Verhältniß, das XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
sicherlich vor dem gewöhnlichen legatum debiti die historische Priorität voraus hat, zu dieser, einen Bruch mit der Methode des altrömischen Processes bezeichnenden Auffassung erhoben hatten, war nicht abzusehen, warum sie dieselbe bei dem gewöhnlichen legatum debiti hätten verleugnen sollen; jedenfalls steht unserer heutigen Jurisprudenz nichts im Wege, die Theorie des praelegatum dotis einfach auf das legatum debiti zu übertragen. Wir würden damit folgende Sätze gewinnen:

1. Das legatum debiti ist für den Gläubiger, der als solcher den Anspruch geltend machen will, processualisch ohne Bedeutung — das Legat enthält kein Anerkenntniß — er hat den Beweis der Schuld zu führen.

2. Nichts hindert ihn aber, das Legat als solches in Anspruch zu nehmen, womit er thatsächlich einräumt, daß er nicht Gläubiger ist.

3. Die erfolglose Anstellung der Schuldklage schließt für ihn den Regreß auf das Legat nicht aus.

4. Gewährt das Legat ihm mehr, als die Forderung, so nimmt er in Bezug auf den Ueberschuß die Stellung eines Legatars ein, also für den ganzen Betrag desselben, wenn er die von dem Erben bestrittene Existenz der Schuld nicht beweisen kann, für die Differenz, wenn nur ein geringerer Betrag zugestanden oder bewiesen ist.

5. Bei einer betagten Schuld fällt auf das Legat lediglich das commodum repraesentationis, bei einer bedingten der ganze Betrag derselben, da die Bedingung die Existenz der Forderung selber in Frage stellt, es ist Sache des angeblichen Gläubigers, ob er den Eintritt der Bedingung abwarten und als Gläubiger seinen Anspruch geltend machen, oder ob er den Erlaß der Bedingung annehmen und sich als Legatar behandeln lassen will. S. 174.

6. Ist die Bezahlung der Schuld nur einem oder eini-

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. gen der mehreren Erben auferlegt, so nimmt er ihnen gegenüber in Bezug auf den Ueberschuß, den sie über ihre Erbquote zu entrichten haben, die Stellung eines Legatars ein, für sie enthält derselbe eine Belastung ihrer Erbquote, sie würden mithin berechtigt sein, ihm die Quarta abzuziehen.

Wenn ich im Bisherigen dem legatum debiti eine Erörterung gewidmet habe, welche durch die Zwecke dieser Abhandlung nicht geboten war, so geschah es in dem Wunsche, im Vorübergehen etwas zur Aufklärung einer Lehre beizutragen, die sich zur Zeit noch im unfertigen Zustande befindet; da ich sonst schwerlich jemals dazu gelangt wäre, sie zu behandeln, so mag der Leser es entschuldigen, wenn ich diese Gelegenheit dazu benutzt habe.

Ich wende mich nunmehr dem Fall der Coincidenz des legatum debiti und des legatum liberationis zu.

Die normale Gestalt des Falles, die wir im Folgenden allein ins Auge fassen werden, besteht darin, daß der Testator dem Erben (B) auferlegt, die Schuld eines Anderen (A) zu zahlen (legatum liberationis), woran sich dann die Frage knüpft, ob außer dem A auch dessen Gläubiger (A^1) einen Anspruch auf Entrichtung des Legats erhält, unter welcher Voraussetzung mit dem legatum liberationis ein legatum debiti (alieni), coincidiren würde. Bei dem legatum debiti proprii tritt dies in dem oben unter Nr. 6 angegebenen Fall ein, wenn der Testator einem seiner Erben die Befriedigung eines Gläubigers auferlegt; für die übrigen Erben liegt darin ein legatum liberationis[40]).

S. 175. Wie ist das Verhältniß juristisch zu beurtheilen? Der Thatbestand desselben ist ein solcher, daß derselbe Akt der Zahlung sowohl in der Person des Schuldners, als in der

---

40) l. 7 § 3 de lib. leg. (34. 3) . . . valet legatum propter coheredem, eumque ex testamento acturum, ut creditori solvatur.

des Gläubigers rechtliche Wirkung hervorbringt, jenen befreit XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
er von der Schuld, diesem verschafft er seine Befriedigung. Damit verträgt sich vollkommen eine doppelte rechtliche Gestaltung des Verhältnisses: die der Berechtigung lediglich der *einen* von beiden Personen, wobei der Vortheil, welcher der anderen aus der Entrichtung des Legats zufließt, unter den Gesichtspunkt einer bloßen *Reflexwirkung* fällt, und die einer Berechtigung *beider* Personen, d. i. einer *activen Solidarobligation*. Der ersteren Form gedenkt Ulpian in l. 11 § 20 de leg. III (32):

> Plerumque evenit, multorum *interesse* id quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse *honorem habitum* et est haec sententia Marcelli verissima,

der zweiten in § 21 ibid:

> Sic evenit, ut interdum, si pluribus testator *honorem habere voluit* et de pluribus *sensit*, quamvis unum legatum sit, tamen ad ejus persecutionem *plures admittantur*.

Dem Testator eröffnet sich damit eine dreifache Möglichkeit der Anordnung. Seine Absicht kann gerichtet gewesen sein:

1. lediglich auf ein legatum liberationis,
2. lediglich auf ein legatum debiti,
3. auf beide zugleich,

und wir wollen annehmen, daß er seine Absicht in einer Weise geäußert hat, welche jeden Zweifel über dieselbe ausschließt. Unter dieser Voraussetzung würde die rechtliche Stellung von A und A[1] in allen drei Fällen ganz klar und unbestritten sein. In den beiden ersten ist bloß diejenige Person berechtigt, der der Testator den Anspruch hat zuwenden wollen, und sie hat es in ihrer Hand, die andere um den Vortheil zu bringen, S. 176.
der ihr bei Ausführung des Legats zugeflossen wäre, im ersten könnte z. B. A sich mit dem B dahin vereinbaren, daß derselbe, anstatt dem Gläubiger den vollen Betrag der Schuld zu entrichten, ihm eine Abfindungssumme zahlen solle, wobei

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. beide Theile profitiren würden, im zweiten könnte A[1] auf das legatum debiti verzichten und sich an A halten. Im dritten Fall dagegen hat jeder der beiden Theile eine von dem andern völlig unabhängige Rechtsstellung; Verzicht, Vergleich, res judicata in der Person des andern schaden ihm nicht, nur der Akt der Zahlung des B an den A[1] würde mit dessen Anspruch aus dem legatum debiti auch den des A aus dem legatum liberationis tilgen, kurz es kommen hier die im Bisherigen entwickelten Grundsätze über die active Solidarobligation zur Anwendung, l. 3 § 5 de lib. leg. (34. 3).

> Utrique autem legatarii habentur et in hoc casu. Nam et si, quod ego debeo Titio, sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer, nemo me negat legatarium, ut et Iulianus eodem libro scribit et Marcellus notat utriusque esse legatum tam meum quam creditoris mei et si solvendo fuero, interesse enim creditoris duos reos habere.

Die letztere Bemerkung ist darauf berechnet, dem Bedenken zu begegnen, daß das Legat für den Gläubiger keinen materiellen Vortheil habe, da es ihm nicht mehr zuwende, als er bereits beanspruchen konnte. Das legatum debiti alieni ist stets von Interesse für den Gläubiger, der Vortheil desselben liegt in der gesteigerten Sicherheit, er bekommt zu seinem ursprünglichen Schuldner noch einen zweiten hinzu.

Der Annahme einer activen Solidarobligation in diesem Fall könnte man den Einwand entgegensetzen, daß beide Legate streng genommen nicht ganz auf denselben Inhalt gerichtet sind. Nur der A[1] kann Zahlung verlangen, der
S. 177. Anspruch des A dagegen geht nicht dahin, daß dem A[1] gezahlt, sondern daß er von ihm nicht auf Zahlung belangt werde:

> l. 4 ibid . . . agente debitore nihil amplius heres praestare debet quam ut eum adversus creditorem defendat.

Damit war dem Interesse des A vollkommen Genüge geleistet, der Zweck des legatum „liberationis" war erreicht. Auf welchem Wege der Erbe dies bewerkstelligte, ob sofort definitiv durch Zahlung, Vergleich, Verzicht des A¹ auf die Forderung oder zunächst nur provisorisch durch Erwirkung eines Zahlungsaufschubes, konnte dem A völlig gleichgültig sein. Allein im praktischen Endresultat treffen dennoch die beiden Legate zusammen, die Befriedigung des Gläubigers enthält die Befreiung des Schuldners, und man braucht nur bei dem legatum debiti den Begriff der Zahlung zu dem der Befriedigung (solutum vel alio modo satisfactum) zu erweitern, wie die Römer selber es anderwärts stets gethan haben, um eine vollständige Coincidenz beider Legate zu erreichen. Selbst wenn der Testator das Legat ausdrücklich auf die Bezahlung der Schuld gestellt hätte, würde jede andere Art der Befriedigung des Gläubigers, z. B. durch Compensation, Erlaß, als Erfüllung des Legats anzusehen sein. Bei einer solchen Fassung des Legats würde auch derjenige, welcher die Annahme einer activen Solidarobligation in unserm Verhältniß von der wörtlichen Identität der für beide Legatare angeordneten Leistung abhängig machen wollte, das Dasein der Solidarobligation zugeben müssen, und gerade diese Form dürfte in unserem heutigen Leben die gewöhnliche sein. Bei uns wird ein Onkel, dessen Absicht darauf gerichtet ist, daß der Erbe die Schulden seines Neffen bezahlen soll, gleichmäßig in dessen Interesse wie in dem der Gläubiger, sich nicht so ausdrücken: mein Erbe soll meinen Neffen gegen die Klagen seiner Gläubiger sicherstellen und die Gläubiger soll er befriedigen, sondern er wird einfach sagen: mein Erbe soll die Schulden meines Neffen bezahlen.

Auch der Weg, den die römischen Juristen für nöthig hielten, um den Erben, der dem A¹ Zahlung leistete, gegen die Klage des A aus dem legatum liberationis sicher zu stellen, der in der l. 4 h. t. erwähnte einer cautio: adversus debi-

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
S. 178.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. torem defensu iri [41]) fällt heutzutage hinweg. Leistet der Erbe Zahlung, so sind damit beide Legate erfüllt. Selbst bei den Römern würde der Erbe im Fall der unterlassenen Cautionsbestellung sich gegen die Klage des A zweifellos der exc. doli haben bedienen können. Daß und warum der Anspruch nach der Theorie der römischen Juristen hier durch die Leistung an den Einen dem Andern gegenüber nicht ipso jure getilgt ward, ist bereits oben (S. 429) ausgeführt worden.

Ich fasse das Resultat der bisherigen Ausführungen kurz in den Satz zusammen: wenn der Testator wirklich die Absicht hatte, beiden Personen ein Legat zuzuwenden (si pluribus honorem habere voluit et de pluribus sensit" l. 11 § 21 de leg. III cit.), so liegt eine active Solidarobligation vor.

Aber hatte er die Absicht? Daraus, daß seine Anordnung beiden Theilen einen Vortheil verschafft, läßt sich dies noch nicht entnehmen, denn dies findet ebensogut im Verhältniß der bloßen Reflexwirkung wie bei der activen Solidarobligation Statt, es steht nichts im Wege, wie Ulpian in § 20 ibid. sich ausdrückt: multorum interesse id quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse honorem habitum.

S. 179. Zu dieser Frage nach dem Willen des Testators gab nicht bloß unser Verhältniß, es konnten dazu die mannigfachsten Verhältnisse Anlaß geben („plerumque evenit" sagt Ulpian § 20 cit.), beispielsweise das legatum debiti an mehrere Correalgläubiger (l. 11 § 21 cit.), das legatum liberationis an einen von mehreren Correalschuldnern (l. 3 § 3, 4 de lib. leg.), bei einer verbürgten Schuld an den Bürgen oder den Schuldner (l. 5 pr. § 1 ibid.) bei einer

41) Einen andern Anwendungsfall dieser Caution (ein Legat an mehrere Correalgläubiger) s. in l. 11 § 21 de leg. III (32).

Schuld des Haussohns an den Vater oder den Sohn l. 5 XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
§ 3, 4, l. 6 ibid.).

Auch der in der Verfügung genannte Name gibt keinen Anhaltspunkt für die Ermittlung der Absicht des Erblassers. Möglich, daß die ältere Jurisprudenz auf den Namen ein entscheidendes Gewicht gelegt hat, es hätte wenigstens ganz im Geiste der alten Wortinterpretation gelegen. Die neuere that es nicht. Und es konnte ihr auch unmöglich entgehen, ein wie trügerisches Zeichen der bloße Name gewährt. Ob der Testator bloß den Namen des Schuldners oder auch den des Gläubigers genannt hat, ob er gesagt hat: „der Erbe soll die Schulden meines Neffen bezahlen" oder: „er soll den Gläubigern meines Neffen zahlen, was sie von ihm zu fordern haben", kann doch unmöglich ausreichen, um ihm die Absicht unterzulegen, daß er im ersten Fall lediglich ein legatum liberationis, im zweiten zugleich ein legatum debiti habe anordnen wollen. Die Quellen bieten verschiedene Beispiele dar, wo aus einem Legat, in dem bloß die eine der beiden betheiligten Personen genannt ist, der andern eine Klage gewährt wird[42]), und in l. 11 § 22 de leg. III (32)

---

42) Aus dem in l. 49 § 4 de leg I (30) erwähnten fideicommissum debiti an den Gläubiger, das wegen mangelnden Interesses für ungültig erklärt wird, wird in § 5 ibid. dem nicht genannten Bürgen eine Klage auf Grund des darin liegenden fideic. liberationis gegeben, ebenso in § 6 ibid. dem nicht genannten Schuldner aus dem ungültigen legatum debiti des Bürgen an den Gläubiger. Aus dem dem einen Correalschuldner hinterlassenen legatum liberationis wird in l. 3 § 4 de lib. leg. (34. 3) dem andern nicht genannten ebenfalls eine Klage zugestanden, und das Bedenken, daß dessen Name nicht genannt sei, wird vom Juristen ausdrücklich für einflußlos erklärt: et est verum, non solum eum, cujus nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque qui non scriptus est. Ebenso liegt in dem dem einen Erben auferlegten legatum debiti an den Gläubiger nach l. 7 § 3 ibid. und l. 62 § 2 de leg. I (30) ein legatum liberationis für den andern nicht genannten Erben.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. erhebt sich Ulpian sogar zu der Bemerkung, daß selbst dem-
S. 180. jenigen, dessen Name genannt sei, unter Umständen die Klage abzusprechen sei:

Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit, utputa si fidei heredis committatur, ut ipse publicum pro Titio praestet, fideicommissum hoc vel legatum non publicanus petit, licet ei sit adscriptum, sed ipse petere poterit pro quo legatum relictum est ... plerumque autem intelligendum est privati causa hoc fecisse licet emolumentum publicano quaeratur.

Wenn nun weder das Interesse, noch die Nennung oder Nichtnennung des Namens entscheidet, woran soll man die Absicht des Testators erkennen? Die römischen Juristen haben leicht die Absicht des Testators betonen, wie dies in manchen Stellen geschieht, z. B.

l. 11 § 21 de leg. III cit. si de pluribus s e n s i t.

§ 22 ibid. multum autem interesse arbitror, cui volet p r o s p e c t u m, cujusque c o n t e m p l a t i o n e testator fecerit.

l. 3 § 4 de lib. leg. .. si et ejus c o n t e m p l a t i o n e liberatio relicta esset.

§ 5 ibid. (creditori) legatum m e i gratia, ut ego liberer.

S. 181. l. 28 § 3 .. nisi aliud s e n s i s s e testatorem ab heredibus probetur,

aber sie geben nicht den geringsten Anhaltspunkt, woraus man im einzelnen Fall diese Absicht erkennen soll. Daß sie ein näheres persönliches Verhältniß nicht erfordern, um diese Absicht anzunehmen, ist zweifellos. In l. 28 § 11 de lib. leg. (43. 3), wo ein solches in Wirklichkeit vorlag (brüderliches Verhältniß), wird nicht das geringste Gewicht darauf gelegt, die Entscheidung wird einfach dem Interesse entnommen: fratri utiliter esse legatum, cum suo debito liberetur.

Wenn ich mich durch den Gesammteindruck, den die

Quellenäußerungen auf mich machen, leiten lasse, so glaube ich, indem ich mich auf die Frage, die ich hier allein zu behandeln habe, beschränke: ob in dem legatum debiti im Zweifel zugleich ein legatum liberationis und in letzterem zugleich jenes zu erblicken sei, dieselbe bejahen zu können. In manchen der Stellen wird die Klage einfach auf das Interesse gestützt, so z. B. in XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.

l. 49. § 6 de leg, I (30) .. interest enim ipsius liberari.

§ 7 ibid. quia utriusque interest.

l. 69 § 2 ibid. coheredes, quorum interest hoc fieri.

l. 11 § 22 de leg. III . . . plerumque autem intelligendum est privati causa hoc fecisse.

l. 7 § 3 ibid. valet legatum propter heredem.

l. 28 § 11 ibid. . . . cum suo debito liberetur.

Prüfen wir den hier aufgestellten Satz auf seine praktische Brauchbarkeit, so wird es keinem Zweifel ausgesetzt sein, daß das praktische Resultat, zu dem er führt, den Zweck, den der Testator im Auge hatte, in ungleich sichrerer Weise verwirklicht, als das Verlangen eines besonderen Nachweises, daß derselbe bei einer Verfügung, welche bloß eine der betheiligten Personen nennt, auch die andere habe bedenken wollen. Die Verfügung lautet: mein Erbe soll die Schulden meines Neffen bezahlen. Erblicken wir darin lediglich ein legatum liberationis, versagen wir also den Gläubigern die Klage, weil sie nicht genannt sind, oder weil ein besonderes Wohlwollen für sie beim Testator nicht anzunehmen ist, so hat der Neffe es in seiner Hand, den Zweck des Onkels, der doch nicht darauf gerichtet war, ihm Geld zuzuwenden, das er als leichtsinniger Mensch vielleicht sofort durchbringen wird, sondern ihn von seinen Schulden zu befreien und ihm die Möglichkeit einer geregelten Finanzwirthschaft zu verschaffen, und für den dabei vielleicht weniger die Rücksicht auf das persönliche Loos des Neffen, als auf die Ehre und den guten Namen der Familie maßgebend war, — so hat

S. 182.

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. es also der Neffe in seiner Hand, den Zweck des Testators völlig zu vereiteln, er vergleicht sich mit dem Erben auf Baarzahlung einer Abfindungssumme, und die Schulden bleiben ungetilgt. Um dies Resultat zu verhindern, bleibt nur das einzige Mittel übrig, den Gläubigern eine Klage zu gewähren — nicht ihretwegen, sondern des Testators wegen, weil nur auf diesem Wege sein Wille sicher erreicht wird, und er würde, wenn man ihm, als er das Testament errichtete, die Frage vorgelegt hätte, ob dies seinem Willen entspräche, sicher sich in diesem Sinne ausgesprochen haben, und den der Theorie der römischen Juristen entlehnten Einwand, daß es ihm an der „contemplatio creditorum" fehle, daß er nicht ihnen „honorem habere, prospectum voluit" mit der Bemerkung zurückgeschlagen haben, daß er das legatum debiti an sie gar nicht ihretwegen beabsichtige, gleichwohl aber im Interesse der Sicherung des legatum liberationis für geboten erachte.

Ganz dasselbe würde gelten, wenn man aus einem solchen Legat lediglich dem Gläubiger eine Klage zugestehen wollte. Nehmen wir an, daß er ein Interesse daran hat, den S. 183. Schuldner, den er als Wucherer bisher ausgebeutet hat, fernerhin zu behalten, so verzichtet er auf das Legat, und der Zweck des Testators, den Neffen aus den Klauen des Gläubigers zu befreien, wird vereitelt. Oder er benutzt noch wohl gar die Gelegenheit, aus dem legatum debiti Geld zu schlagen, indem er gegen Zahlung einer Abfindungssumme auf dasselbe verzichtet. Nehmen wir ferner den öfter erwähnten Fall, daß der Testator einigen der Erben die Zahlung der Schulden auferlegt hat. Wird daraus lediglich den Gläubigern eine Klage gegeben, so haben sie es in der Hand, den Zweck des Testators, der darauf gerichtet war, daß nur gewisse Erben die Schulden bezahlen sollten, zu vereiteln, sie stellen ihre Klagen gegen sämmtliche Erben an, und diejenigen von ihnen, welche darunter leiden, haben kein Mittel in Händen, den Erfolg, den der Testator im Auge hatte, herbeizuführen. Auch

hier würde wiederum der Testator, wenn man ihn bei Er- XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.
richtung des Testaments auf diese Möglichkeit aufmerksam gemacht hätte, geantwortet haben: meine Anordnung, wenn sie auch lediglich auf die Gläubiger lautet, ist doch [zugleich oder ausschließlich] gemünzt auf diejenigen meiner Erben, denen ich die Zahlung der erbschaftlichen Schulden habe abnehmen wollen. Der Jurist würde ihn belehrt haben: dann hast Du mit dem legatum debiti zugleich ein legatum liberationis beabsichtigt.

In diesem wie in jenem Fall bedingt also die sichere Erreichung des Erfolgs, den der Testator bei seiner bloß auf die eine Form des Legats gerichteten Verfügung im Auge hat, zugleich die Heranziehung der zweiten — *die eine ohne die andere führt nicht zum gewünschten Ziel.*

Damit haben wir für unser Verhältniß denselben Satz gewonnen, wie für das Legat der Dos (S. 442): wie letzteres, so weit nicht der Wille des Testators auf das Gegentheil gerichtet ist, wenn es der Frau vermacht ist, zugleich ein Legat S. 184.
an den Mann, und, wenn es ihm vermacht ist, zugleich eins an sie enthält, ebenso das legatum liberationis unter derselben negativen Voraussetzung zugleich ein legatum debiti und letzteres zugleich jenes. Wahrscheinlich ist der historische Ausgangspunkt in beiden Fällen ganz derselbe gewesen: *ausschließliche* Berechtigung derjenigen Person, auf welche die Verfügung *lautete.*

Fügen wir noch die Verträge zu Gunsten Dritter hinzu, bei denen ursprünglich dasselbe für den Promissar galt, bis zuerst das spätere römische Recht in einzelnen Fällen, dann unsere moderne Rechtsentwicklung ganz allgemein auch dem Dritten eine Klage zugestand, so haben wir damit ein wichtiges Stück einer inneren, ohne alles Eingreifen der Gesetzgebung, lediglich durch die Triebkraft der Idee und die Hand des Juristen bewirkten Rechtsentwicklung vor uns, das sich kurz bezeichnen läßt als *Übergang von der unvoll-*

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. kommnen Form der bloßen Reflexwirkung zur vollkommnen der Selbständigkeit der Rechtsstellung d. i. zur activen Solidarobligation[43]).

Damit bin ich am Ende. Der Zweck dieser Abhandlung ist erreicht, wenn sie den Nachweis erbracht hat, daß man das Dasein einer activen Solidarobligation mit Unrecht bezweifelt hat, daß vielmehr sowohl das römische wie das heutige Recht unbestreitbare Fälle derselben darbietet. Ob es nicht noch andere gibt, gilt mir gleich, ich bin davon überzeugt und
S. 185. will beispielsweise einen nennen, es ist der öfters im Bisherigen benutzte der l. 11 § 21 de leg. III: der eines legatum debiti an mehrere Correalgläubiger; für meine Zwecke genügte es, die drei wichtigsten und lehrreichsten hervorzuheben.

Schließlich noch eine Bemerkung über die legislative Behandlung der activen Solidarobligation, die gleichmäßig auch für die passive gilt. Es ist eine vielverbreitete Ansicht, daß der Gegensatz zwischen Correal- und Solidarobligation zu den überwundenen Dingen des römischen Rechts gehöre, und daß ein heutiger Gesetzgeber nichts Besseres thun könne, als beide zur Einheit zusammenzufassen. Gegen die Beseitigung der römischen Ausdrücke und selbst gegen die Ersetzung derselben durch einen einzigen deutschen habe ich nichts einzuwenden, und den Streit: ob Einheit oder Mehrheit der Berechtigung, mag der Gesetzgeber immerhin der Doctrin überlassen. Aber um so mehr muß ich darauf aufmerksam machen, daß er, wenn er in dieser Unificirung auch noch so weit gehen will, wenigstens in einem Punkte eine Verschie-

43) Ganz derselbe Fortschritt hat sich auch anderwärts wiederholt. Eines der interessantesten Beispiele gewährt die l. 3 § 9 de cond. c. d. (12. 4), wo demjenigen, dem der Testator eine Gabe seitens des unter der Bedingung dieser Gabe an ihn freigelassenen Sklaven (si Titio centum dederit, liber esto) bloß in der Form des conditionis implendae causa datum d. i. der Reflexwirkung zugewandt hatte, im Fall der Vereitelung der Bedingung durch den Erben eine Klage auf Auszahlung des Betrages zugesprochen wird.

denheit beider Verhältnisse anzuerkennen hat. Das ist die exceptio rei judicatae. Soll sie schlechthin gewährt oder schlechthin versagt werden? Das eine wäre so verkehrt wie das andere. Ersteres hieße, in den drei obigen Verhältnissen den einen Berechtigten, der ein völlig selbständiges Recht hat, in die Hand des andern geben; derselbe könnte ihn durch nachlässige oder dolose Proceßführung (Collusion mit dem Schuldner) um sein gutes Recht bringen. Wird ihm einmal ein selbständiges Recht zuerkannt, so versteht sich von selbst, daß die Proceßführung des andern Theils ihm nicht schaden darf. Und ganz dasselbe muß vom Fall der passiven Solidarobligation gelten, in dem das römische Recht vollkommen richtig dem Zweitbelangten die exc. rei judic. aus der Person des Erstbelangten und Freigesprochenen versagt[44]). So geboten aber diese Behandlungsweise in diesen Verhältnissen ist, so völlig verkehrt wäre sie in denjenigen, die wir in römischer Terminologie als Correalobligation zu bezeichnen haben. Soll etwa der Schuldner, der von dem einen Gläubiger z. B. auf Grund erwiesener Zahlung freigesprochen ist, mit jedem der andern von neuem processiren müssen, oder soll der Gläubiger, dem gegenüber der eine Schuldner den Beweis der Zahlung erbracht hat, und der daraufhin mit der Klage abgewiesen worden ist, nach der Reihe auch die andern in Anspruch nehmen dürfen? Man braucht sich bloß diese Verhältnisse klar zu machen, um zu der Einsicht zu gelangen, daß eine gleichmäßige legislative Behandlung der exc. rei judic. für alle Fälle gemeinsamer Berechtigung und Verpflichtung gänzlich verfehlt sein, den Verhältnissen in völlig ungerechtfertigter Weise Gewalt anthun würde. An der exc. rei judicatae hängt die legislative Unabwendbarkeit des römischen Gegensatzes zwischen

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV.

S. 186.

44) l. 23 de tut. rat. (27. 3), l. 22 de exc. rei jud. (44. 2).

XXIV. Jahrg. Bd. XXIV. der Correalobligation und der Solidarobligation im engern Sinn. Keine neuere Gesetzgebung wird den Versuch wagen dürfen, ihn zu beseitigen, ohne gewärtigen zu müssen, daß er durch die zwingende Macht des Rechtslebens wieder in sein Recht eingesetzt werde.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 266